

PUBBLICAZIONE SEMESTRALE ANNO XIX
N. 1 GENNAIO - GIUGNO 2014

Contratto e impresa / Europa

Rivista fondata da F. Galgano e M. Bin

diretta da M. Bin e G. Ajani

- *Homestead Exemption*
- Il rinvio pregiudiziale al giudice europeo
- Danni da eventi catastrofici
- *Private enforcement* e diritto della concorrenza
- Clausole vessatorie
- Pratiche commerciali scorrette
- Consumatore europeo e diritto internazionale privato
- Condizioni potestative: il dibattito in Francia
- Inadempimento e danni non patrimoniali in *common law*
- Passaggio del rischio nella vendita
- *Gentlemen's Agreement*
- Capogruppo e controllate di fronte a violazioni del diritto *antitrust* europeo
- Reti di imprese
- ADR per i consumatori in Europa
- Osservatori sul diritto europeo
- Italia: la legge europea 2013

www.edicolaprofessionale.com/CIE

2014



Wolters Kluwer
Italia

CEDAM

Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore

SOMMARIO: 1. Il “caso *Pereničová*”. – 2. L’intersezione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette con quella sul contratto in generale. – 3. Abusività della clausola e conservazione del contratto in relazione al (solo) interesse del consumatore. – 4. Alcune considerazioni finali sul ruolo della Corte di Giustizia dell’Unione europea nel processo di costruzione del diritto europeo dei contratti.

1. – Di recente, la Corte di Giustizia dell’Unione europea è intervenuta a chiarire aspetti controversi concernenti le direttive in materia di credito al consumo, di clausole abusive nei contratti dei consumatori e di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, offrendo lo spunto per una riflessione più generale sul ruolo che la Corte medesima è chiamata ad assolvere in seno al processo di edificazione del diritto contrattuale europeo.

Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza del 15 marzo 2012 (C-453/10) ⁽¹⁾ con la quale la Corte, mantenendo sullo sfondo la disciplina sul credito al consumo, si sofferma sulle possibili ricadute di una pratica commerciale ingannevole (concernente, in specie, il prezzo o il modo in cui viene calcolato) che induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, sulla validità di un contratto e, segnatamente, sulla incidenza rispetto alla individuazione degli elementi e dei criteri che concorrono a configurare il giudizio di abusività delle clausole nei contratti dei consumatori: indagine, quest’ultima, prioritariamente avente ad oggetto l’art. 6.1 dir. 93/13/CEE, e, specificamente, il rimedio della non vincolatività della clausola abusiva. Più in generale, in prospettiva sistematica, la pronuncia si segnala quale significativo tassello nella edificazione del diritto privato dei consumatori, con particolare riguardo alla questione della intersezione tra la direttiva 2005/29/CE che vieta le pratiche commerciali scorrette e la disciplina sulle clausole abusive; ed, altresì, sollecita la riflessione sul tema delle

⁽¹⁾ Corte UE, 15 marzo 2012, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ*, C-453/10 (Pres. Tizzano, Rel. Safjan, Avv. gen. Trstenjak). La sentenza può leggersi in sintesi in *Obbl. contr.*, 2012, p. 390 ss., a cura di Rosolillo; per esteso in *Contr.*, 2012, p. 661 ss., con nota di Cosco. Le Conclusioni dell’Avvocato generale Verica Trstenjak, del 29 novembre 2011, sono consultabili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>.

potenziali ripercussioni che la tenuta di una pratica commerciale scorretta può ingenerare sul contratto intercorrente tra professionista e consumatore.

Punto focale, in quest'ottica, si rivela l'interpretazione dell'art. 3.2 dir. 2005/29/CE offerta dalla Corte: per un verso, tale norma mira a definire i rispettivi ed autonomi ambiti di applicazione delle menzionate normative dell'Unione in materia consumeristica, al fine di evitare indebite sovrapposizioni o potenziali cortocircuiti; per altro verso, dal *decisum* emerge una fitta trama di legami fra le diverse discipline e la conseguente imprescindibilità di una interpretazione coerente e "sistematica" delle medesime ⁽²⁾.

La decisione scaturisce da una domanda di pronuncia interpretativa pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, promanante da una controversia principale avente ad oggetto un contratto di credito al consumo del quale i ricorrenti invocano la nullità ⁽³⁾. Nel corso del giudizio si accerta l'erronea indicazione del tasso annuo effettivo globale (TAEG) nel contratto controverso che si dimostra, in ragione della mancata inclusione di alcune spese connesse al credito concesso, inferiore rispetto al costo effettivo del credito gravante sui consumatori mutuatari ⁽⁴⁾. Il giudice del rinvio rileva come una dichiarazione di nullità complessiva del contratto di credito al consumo, giustificata dal carattere abusivo di tali clausole, costituirebbe soluzione di maggior favore per i ricorrenti/consumatori, se paragonata alla persistente vigenza del contratto pur privato delle clausole squilibranti ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ L'art. 3.2 dir. 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 – norma sulla quale si avrà occasione di tornare in seguito – così recita: “la presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto”. L'essenzialità del ruolo giocato da questa disposizione può evincersi, oltre che dalla pronuncia medesima (punto 45), anche dalle Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak che la definisce quale “norma di delimitazione” dell'ambito applicativo della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette rispetto alle altre discipline dell'Unione e, in particolare, alla dir. 93/13/CEE (parr. 83 s.).

⁽³⁾ Controversia insorta dinanzi all'*Okresny sud* (Tribunale distrettuale) di Prešov (Repubblica Slovacca).

⁽⁴⁾ Viene riscontrata, inoltre, l'ulteriore presenza di una serie di clausole ai medesimi sfavorevoli: cfr. punti 20 s. della pronuncia.

⁽⁵⁾ Il giudice slovacco decide, pertanto, di sospendere il procedimento principale, ritenendo che la definizione della controversia postuli l'interpretazione delle pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione da parte del giudice europeo e sottopone alla Corte di Giustizia due quesiti interpretativi, così enunciati al punto 25 della sentenza: “1) Se l'ambito della tutela del consumatore ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 (...) sia tale da consentire, nel caso in cui siano individuate clausole contrattuali abusive, di considerare che il contratto nel suo complesso non vincola il consumatore, qualora ciò sia più favorevole a quest'ultimo. 2) Se i criteri che configurano una pratica commerciale sleale ai sensi della direttiva

Com'è noto, la direttiva 87/102/CEE sul credito al consumo – applicabile *ratione temporis* al caso di specie – impone, all'art. 4, l'indicazione nel contratto di credito del TAEG, da intendersi quale misura percentuale che esprime il costo totale del credito per il consumatore. Alla violazione di tale regola – manifestamente integrata dall'erronea indicazione nel contratto di un TAEG inferiore rispetto all'effettivo costo totale del credito – la normativa comunitaria sul credito al consumo non ricollega, tuttavia, alcuna conseguenza specifica ⁽⁶⁾. Pertanto la Corte di Giustizia, lasciando inesplorato il territorio della disciplina del credito al consumo, attinge da altre normative comunitarie: dapprima si rivolge al sistema di tutela del consumatore istituito dalla direttiva 93/13/CEE che, nella previsione posta dall'art.

2005/29 (...) siano tali da consentire di considerare che, allorché l'operatore menziona nel contratto un [TAEG] inferiore a quello reale, si possa ritenere tale comportamento dell'operatore nei confronti del consumatore una pratica commerciale sleale. Se la direttiva 2005/29 (...) ammetta, nel caso in cui sia accertata una pratica commerciale sleale, che ciò abbia influenza sulla validità del contratto di credito e sul conseguimento della finalità degli artt. 4, paragrafo 1, e 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 qualora la nullità del contratto sia più favorevole per il consumatore”.

(⁶) Si noti che già l'art. 3 dir. 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, anticipa la trasmissione dell'informazione relativa al TAEG ad un momento anteriore alla conclusione del contratto di credito, vale a dire in fase di pubblicità delle condizioni contrattuali. Tuttavia, in punto di conseguenze da ricollegarsi alla violazione di tali regole informative la direttiva si limita a stabilire che “gli Stati membri provvedono affinché i contratti di credito non deroghino, a detrimento del consumatore, alle disposizioni del diritto nazionale che danno esecuzione o che corrispondono alla presente direttiva” (art. 14). Non diversa, peraltro, la scelta adottata dal legislatore comunitario nella direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE: essa, pur caratterizzandosi per un più elevato livello di armonizzazione delle normative nazionali e per una maggiore analiticità della disciplina, si limita a prevedere che gli Stati membri dispongano sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, senza specificare gli effetti della mancata attuazione dei numerosi obblighi informativi imposti al creditore. Sui profili generali della disciplina sul credito al consumo e, segnatamente, sulla dir. 2008/48/CE si vedano, per tutti, CARRIERO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, p. 41 ss.; MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 785 ss.; cfr. altresì i saggi presenti in AA.Vv., *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di Rizzo, Caterini, Di Nella e Mezzasoma, Napoli, 2010. Con riguardo all'attuazione nell'ordinamento interno si rinvia a DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contr.*, 2010, p. 1041 ss.

6 di “non vincolatività” della clausola abusiva ferma restando la vigenza del contratto nel suo complesso, costituisce un asse centrale dell’intervento europeo sul diritto dei contratti dei consumatori ⁽⁷⁾; in seconda battuta, prospetta la possibilità che tale violazione possa qualificarsi come pratica commerciale scorretta ai sensi della direttiva 2005/29/CE e ne valuta gli eventuali riflessi sulla validità della specifica fattispecie negoziale che ne sia conseguita ⁽⁸⁾.

Mimando il percorso argomentativo della Corte, è opportuno muovere da una sintetica ricostruzione del dato normativo di riferimento ⁽⁹⁾. Co-

⁽⁷⁾ Si tratta della prima questione pregiudiziale affrontata ai punti 26 s. della pronuncia.

⁽⁸⁾ Sul secondo quesito la Corte si pronuncia ai punti 37 s. In altri termini, alla Corte si chiede di stabilire se la menzione in un contratto di credito al consumo di un TAEG inferiore a quello reale possa integrare una pratica commerciale sleale, ai sensi della direttiva 2005/29/CE; in caso di risposta affermativa, quali refluenze tale qualificazione possa determinare sulla valutazione di abusività della relativa clausola nonché sulla validità del contratto globalmente considerato.

⁽⁹⁾ Per una raffigurazione complessiva dell’impianto normativo della direttiva 2005/29/CE si vedano *ex multis* AA.Vv., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di Minervini e Rossi Carleo, Milano, 2007; AA.Vv., *Le pratiche commerciali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2007. Prime riflessioni sulla direttiva altresì in GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, p. 159 ss. Fra i commentatori stranieri si vedano in particolare i lavori di RADEIDEH, *Fair trading in EC Law. Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen, 2005; Howells, MICKLITZ e WILHELMSSON, *European Fair Trading Law, The UCPD*, Aldershot, 2006; WEATHERILL e BERNITZ, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Norfolk, 2007; GONZALEZ VAQUÈ, *La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales: entre l’objectif d’une harmonisation totale et l’approche d’une harmonization complete*, in *Rev. dr. UE*, 2005, p. 796 ss.; COLLINS, *The Unfair Commercial Practices Directive*, in *ERCL*, 2005, p. 417 ss.; Id., *Harmonisation by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices*, in *Mod. Law Rev.*, 2010, p. 89 ss.; GOMEZ, *The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics perspective*, in *ERCL*, 2006, p. 4 ss. Per una esaustiva trattazione della disciplina di recepimento introdotta agli artt. 18 ss. c. cons. e dei decreti di attuazione (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145 e d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146), si vedano BARGELLI, DI NELLA e DI RAIMO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2008; AA.Vv., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di Genovese, Padova, 2008; D’ANTONIO e SCIANCALEPORE, *Le pratiche commerciali*, in *Tratt. Bessone*, XXX, a cura di Stanzione e Musio, Torino, 2009, p. 133 ss.; nonché il volume *Codice del Consumo*, Aggiornamento, a cura di Vettori, Padova, 2009. Si vedano, altresì, i contributi di GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 776 ss.; DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *questa rivista*, 2007, p. 1 ss.; BARTOLOMUCCI, *L’attuazione della direttiva sulle pratiche commer-*

m'è noto, l'art. 5 della dir. 2005/29/CE introduce una norma di amplissima latitudine che vieta le pratiche commerciali scorrette⁽¹⁰⁾. L'operatività del divieto investe, a mente dell'art. 3.1 le pratiche commerciali scorrette poste in essere dalle imprese nei confronti dei consumatori prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa a qualsiasi bene o servizio, così da abbracciare – potenzialmente – il rapporto di consumo nella sua interezza⁽¹¹⁾. Tenuto conto che per “pratiche commerciali ingannevoli” vanno intese quelle che contengano informazioni false e siano pertanto non veritiere o che in qualsiasi modo, anche nella loro presentazione complessiva, ingannino o possano ingannare il consumatore medio⁽¹²⁾ riguardo ad una serie di elementi rilevanti ed in ogni caso lo inducano o siano idonee a indurlo ad *assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso* (art. 6.1), il divieto si estende a tutte le azioni ingannevoli poste in essere dal professionista che possano *influenzare la scelta* del consuma-

ciali scorrette e le modifiche al codice del consumo, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 267 ss.; LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 73 ss.; FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 165 ss.

(¹⁰) In giurisprudenza, per una definizione di pratica commerciale sleale cfr. *ex multis* Corte UE, 14 gennaio 2010, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, C-304/08, in *Racc.* pp. I-217; 9 novembre 2010, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, C-540/08. In dottrina, GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori*, cit., p. 776, ritiene che tale divieto costituisca il “perno attorno a cui ruota l'intera disciplina”. ORLANDO, *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, in *ERCL*, 2007, p. 38 ss., ritiene che, con la direttiva 2005/29/CE, il legislatore dell'Unione abbia introdotto una “disciplina generale” nell'ordinamento dell'Unione, che compone un insieme di principi, concetti e regole di ordine generale.

(¹¹) Descrive in tutte le sue coordinate l'ampio campo di applicazione del menzionato divieto BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione* (art. 18, lett. a-d e art. 19, comma 1, c. cons.), in *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 95 ss.

(¹²) La dir. 2005/29/CE fornisce una definizione di “consumatore medio” soltanto nell'ambito dei *considerando* e non nell'articolato, quale soggetto “che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici” ed aggiunge poi che la direttiva “contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali” (*considerando* n. 18). Sulla figura del consumatore si vedano le riflessioni di DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale « scorretta »*, in *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 161 ss.; CALVO, *Le pratiche commerciali « ingannevoli »*, *ivi*, p. 181 ss., con i relativi riferimenti giurisprudenziali. Si vedano altresì le riflessioni di INCARDONA e PONCIBÒ, *The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution*, in *J. Consumer Policy*, 2007, p. 21 ss.; WILLET, *Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive*, *ivi*, 2010, p. 247 ss.

tore di addivenire alla *conclusione di un contratto*. Tale fattispecie deve ritenersi pacificamente ricompresa nella locuzione “decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso” ⁽¹³⁾.

Tornando a ragionare sul caso in esame, tra gli elementi rispetto ai quali risulta rilevante il carattere decettivo dell’azione del professionista figura proprio “il prezzo o il modo in cui questo viene calcolato” (art. 6.1, lett. *d*, dir. 2005/29/CE). La Corte ne deduce, *de plano*, che “una pratica commerciale, [...] che consiste nel menzionare in un contratto di credito un TAEG inferiore a quello reale, costituisce una falsa informazione quanto al costo complessivo del credito e, pertanto, al prezzo ai sensi dell’art. 6.1, lett. *d*, dir. 2005/29/CE. Allorché la menzione di un TAEG siffatto induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare, tale falsa informazione deve essere qualificata come pratica commerciale ‘ingannevole’ ai sensi dell’art. 6.1 di detta direttiva” ⁽¹⁴⁾. La puntuale segna-

⁽¹³⁾ Tale esito interpretativo risulta pienamente acquisito nella pronuncia in esame ai punti 37 ss. La disciplina in commento compie d'altronde, in più di una occasione, esplicito riferimento all’“invito all’acquisto” del professionista e all’“acquisto” di un prodotto da parte del consumatore: l’art. 18, lett. *m*, c. cons. definisce “decisione di natura commerciale” quella presa dal consumatore relativa al se acquistare o meno un prodotto. La conclusione di un contratto rappresenta, pertanto, una delle più (se pur non l’unica) significative epifanie dell’attività decisionale del singolo consumatore destinatario della pratica commerciale. Da ultimo la Corte di Giustizia (Corte UE, 19 dicembre 2013, *Trento Sviluppo srl e Centrale Adriatica Soc. coop. arl contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-281/12) ha accolto una nozione ampia di “decisione di natura commerciale” nella quale rientra qualsiasi decisione che sia direttamente connessa con quella di acquistare o meno un prodotto. In dottrina, ORLANDO, *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, cit., p. 40, sostiene che le pratiche commerciali comprendono tutte le azioni di un professionista che possono influenzare la decisione del consumatore in merito alla conclusione del contratto. In argomento si veda CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 409, la quale afferma che «la novella sulle pratiche commerciali (scorrette) [...] individua[n]do] la rilevanza giuridica di un possibile “contatto” fra impresa e consumatore “a prescindere” dalla conclusione di un contratto, sebbene il contatto stesso si preveda stabilito in vista di tale conclusione».

⁽¹⁴⁾ Così al punto 41 della sentenza. Al riguardo può qui precisarsi come siffatta statuizione di principio, non ulteriormente argomentata dalla Corte, appare corroborata nel caso concreto dalla sussistenza dei diversi presupposti richiesti dalla direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette. In primo luogo, l’indicazione in un contratto di credito di un tasso annuo effettivo globale inferiore a quello reale, risolvendosi in un agire positivo del professionista, deve esser ricondotto alla categoria delle azioni ingannevoli (art. 6 dir. 2005/29/CE), contrapposta a quelle delle omissioni (art. 7). Nell’ambito di questa fattispecie risulta senz’altro integrato il requisito sostanziale della “influenza sulle decisioni di na-

lazione del TAEG, per la sua natura di sintetica rappresentazione in cifre del costo del credito⁽¹⁵⁾, concorre più di altri dati alla formazione della scelta del consumatore circa la conclusione del contratto di credito al consumo. Pertanto, la sua scorretta indicazione può significativamente deviare la direzione delle scelte negoziali del consumatore ed integrare una pratica commerciale ingannevole⁽¹⁶⁾.

Da qui allora la necessità di valutare l'incidenza che l'accertamento della sussistenza di una pratica commerciale scorretta possa dispiegare sulla validità del contratto in generale e sulla abusività della specifica clausola

tura commerciale del consumatore". In letteratura, analizza i diversi profili di rilevanza della categoria delle pratiche commerciali ingannevoli CALVO, *Le pratiche commerciali « ingannevoli »*, cit., p. 175 ss.

(¹⁵) Nell'ambito del Titolo VI, dedicato alla "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, del T.U.B." (d.lgs. n. 385/1993), il Capo II detta la disciplina di recepimento della dir. 2008/48/CE sul credito al consumo: secondo l'art. 121, lett. m, il "tasso annuo effettivo globale" indica "il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito", così fedelmente recependo la definizione di cui all'art. 3, lett. i, dir. 2008/48/CE. Cfr. sul punto MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2013, p. 394 ss.

(¹⁶) In questo senso le Conclusioni dell'Avvocato generale (par. 97 ss.): in particolare, si sostiene che "le disposizioni sopracitate della direttiva 87/102/CEE comprovano che il tasso annuo effettivo globale rappresenta un'informazione essenziale nell'ambito della conclusione dei contratti di credito, senza la quale di regola il consumatore non può adottare una decisione consapevole". Come accennato, già la previgente dir. 87/102/CEE poneva l'accento, nell'ambito dei *considerando*, sulla necessità che il consumatore ricevesse informazioni relative alle condizioni e ai costi del credito, con particolare riferimento al tasso annuo di interesse e al costo complessivo del credito. Com'è noto, la dir. 2008/48/CE ha conferito rilievo essenziale alla esigenza che il consumatore sia pienamente e dettagliatamente informato dal professionista sulle condizioni alle quali il credito verrà erogato. In funzione di questo obiettivo essa ha accentuato, rispetto alla disciplina previgente, i doveri di informazione gravanti in capo ai professionisti, imponendo loro la trasmissione – già in una fase di comunicazione prettamente pubblicitaria nonché in quella più propriamente precontrattuale (artt. 4 e 5 dir. 2008/48/CE) – di una cospicua mole di informazioni, da riversare, eventualmente, nel regolamento contrattuale. Emblematico in quest'ottica l'art. 5.1 dir. 2008/48/CE, laddove prevede che il creditore fornisce "al consumatore, in tempo utile prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, le informazioni necessarie per raffrontare le varie offerte al fine di prendere una decisione con cognizione di causa in merito alla conclusione di un contratto di credito". In merito al coacervo di obblighi imposto al creditore dalla disciplina sul credito al consumo, con particolare riferimento a quelli di natura informativa, si vedano, fra gli altri, PAGLIANTINI, *Il contratto di credito al consumo fra vecchi e nuovi formalismi*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 295 ss.; DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui « creditori » nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit., p. 55 ss.

contrattuale in particolare ⁽¹⁷⁾. A questo riguardo la Corte sancisce che “l’accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale non ha diretta incidenza sulla validità del contratto”, in quanto tale accertamento non è idoneo a dimostrare automaticamente e di per sé il carattere abusivo delle clausole controverse ⁽¹⁸⁾.

Tale opzione ermeneutica si fonda sulla previsione dell’art. 3.2 dir. 2005/29/CE, la quale stabilisce che “la presente direttiva non pregiudica l’applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto”. Di questa norma viene colta una preminente funzione di *finium regundorum* tra le sfere applicative della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e di altre discipline che possano palesare punti di tangenza o potenziali aree di sovrapposizione. Dalla constatazione per cui la direttiva 2005/29/CE non contiene alcuna regola che definisca le ripercussioni di una pratica commerciale scorretta sullo specifico rapporto contrattuale di cui il consumatore sia parte la Corte deduce che essa non è direttamente rilevante ai fini della individuazione della sorte del contratto. Tale considerazione, tuttavia, non comprime né esclude il diritto del consumatore di accedere a tutele previste in altri corpi normativi come, per tutti, la disciplina in materia di clausole abusive ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Accertamento, precisa la Corte, rimesso alla sfera di cognizione del giudice del procedimento principale (punto 47 della pronuncia).

⁽¹⁸⁾ Si vedano i punti 44 ss. della decisione.

⁽¹⁹⁾ La *ratio decidendi* delle statuizioni enunciate dalla Corte appare meglio comprensibile alla luce delle argomentazioni sviluppate dall’Avv. generale nelle Conclusioni: qui invece si sostiene che la dir. 2005/29/CE non si occupa di dettare norme che dispongano le conseguenze sul contratto, o su una sua parte, dell’adozione di una pratica commerciale; sicché, correttamente applicando la regola posta dall’art. 3.2 le disposizioni della dir. 2005/29/CE non operano, in quanto irrilevanti, ai fini della definizione delle conseguenze civilistiche nella questione controversa. Sotto questo profilo, infatti, la direttiva in esame lascia spazio ad altre normative precipuamente deputate alla regolamentazione di specifici aspetti del diritto dei contratti: per tutte, la dir. 93/13/CEE in materia di clausole abusive nei contratti dei consumatori, la cui applicazione, proprio in ragione del criterio dettato dall’art. 3.2 non è affatto preclusa (par. 81 ss.). Nella letteratura che ha riflettuto sulla direttiva sulle pratiche commerciali scorrette emerge nettamente l’importanza della regola dettata dal menzionato art. 3.2: tra gli altri, cfr. WHITTAKER, *The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices*, cit., p. 141 ss.; ABBAMONTE, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, ivi, p. 17 ss., ritiene che la circostanza che un consumatore abbia concluso un contratto in quanto “vittima” di una pratica commerciale sleale deve essere considerato irrilevante dal punto di vista della sorte del contratto medesimo. Tuttavia, la dir. 2005/29/CE non pregiudica l’accesso ad altri strumenti di tutela che spettano al consumatore in forza del diritto dei contratti. Si veda altresì DE CRISTOFARO, *Invalidity of contracts and of Contract Terms in the*

Per converso, la Corte non nega una influenza *indiretta* del carattere sleale di una pratica commerciale sulla valutazione della natura abusiva della clausola contrattuale. Influenza veicolata dal disposto dell'art. 4.1 dir. 93/13/CEE il quale, individuando con formula particolarmente ampia i criteri che devono presiedere a tale sindacato, fa riferimento a "tutte le circostanze" che accompagnano la conclusione del contratto. In questa prospettiva, la scorrettezza di una pratica assume rilevanza quale "elemento tra gli altri sul quale il giudice competente può basare la sua valutazione del carattere abusivo delle clausole di un contratto" ⁽²⁰⁾.

Invero, la Corte si limita solo a lambire la questione della abusività della clausola controversa ritenendola di esclusiva pertinenza del giudice del processo principale, in quanto strettamente correlata alle circostanze concrete del caso ⁽²¹⁾. In questa sede deve osservarsi che, come ricordato, la

Feasibility Study on a Future Instrument for European Contractual Law, in *Towards a European Contract Law*, a cura di Schulze e Stuyck, München, 2011, p. 98 ss., il quale scrive: « Since the directive is "without prejudice" to national contract law, its transposition does not require the reform of national contract law but, at the same time, does not prohibit such a reform ». Sui risvolti interpretativi di questa disposizione nell'ordinamento italiano si dirà in seguito.

⁽²⁰⁾ In sentenza ai punti 42 e 43. Anche questo segmento del *decisum* va riletto alla luce delle Conclusioni dell'Avvocato generale, laddove si afferma che "un'inammissibile influenza esercitata dal professionista sulla formazione della volontà del consumatore, tramite ricorso ad una pratica commerciale sleale, sfocerà non di rado in una situazione di squilibrio nei rapporti contrattuali a detrimento del consumatore. Tuttavia, questo non significa assolutamente che il carattere di slealtà di una pratica commerciale implichi automaticamente che una clausola contrattuale è abusiva" (par. 125). Conseguentemente, si ritiene che l'accertamento di una pratica commerciale scorretta produce esclusivamente effetti indiretti sulla valutazione del carattere abusivo di una clausola contrattuale. Tali effetti vengono ricondotti nell'alveo applicativo dell'art. 4.1 dir. 93/13/CEE, laddove viene sancita la rilevanza ai fini del giudizio di abusività di "tutte le circostanze che accompagnano la conclusione del contratto": vale a dire che « tra queste circostanze vadano contemplati anche quei comportamenti che, conformemente alla definizione di "pratiche commerciali" di cui all'art. 2, lett. d, dir. 2005/29/CE, mirano ad attirare la clientela al fine di concludere contratti con i consumatori » (par. 123).

⁽²¹⁾ Siffatto orientamento risulta pienamente acquisito nella giurisprudenza lussemburghese, già dalla sentenza Corte UE, 1 aprile 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, in *Racc.*, pp. I-3403, e di recente confermato dalle pronunce 4 giugno 2009, *Pannon*, C-243/08, in *Racc.*, pp. I-4713 e 9 novembre 2010, *VB Penzugyi Lizing*, C-137/08, in *Racc.*, pp. I-10847, quest'ultima nella quale si legge: "la competenza della Corte verte sulla nozione di clausola abusiva [...] nonché sui criteri che il giudice nazionale può o deve applicare in sede di esame di una clausola contrattuale con riguardo alle disposizioni della direttiva, fermo restando che spetta al suddetto giudice pronunciarsi, in base ai criteri sopra citati, sulla qualificazione concreta di una specifica clausola contrattuale in funzione delle circostanze proprie del caso di specie".

clausola che indica il TAEG assolve, nell'ambito di un contratto di credito al consumo, la precipua funzione di indicazione del prezzo dovuto al mutuante per la concessione del credito. Essa, quindi, afferisce all'oggetto del contratto di mutuo, costituendo la raffigurazione economica in termini percentuali di una delle prestazioni principali dovute dal mutuatario. Atteggiandosi, pertanto, quale clausola che verte sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sul corrispettivo dei beni o servizi, essa ricade nella sfera applicativa dell'art. 4.2 dir. 93/13/CEE, disposizione che – com'è noto – ammette il sindacato sull'abusività di siffatta clausola al verificarsi di una condizione negativa e, cioè, un difetto di chiarezza e comprensibilità della medesima ⁽²²⁾. Circostanza che può esser rinvenuta nell'indicazione di un tasso inferiore rispetto a quello effettivamente applicato ⁽²³⁾.

L'altra questione, intimamente correlata a quella appena raffigurata, verte dunque sull'interpretazione dell'art. 6.1 dir. 93/13/CEE, disposizione centrale nel suo impianto, volta com'è a definire gli effetti giuridici dell'accertata presenza di clausole abusive nel regolamento contrattuale: la *non vincolatività* per il consumatore delle clausole abusive contenute in un contratto stipulato con un professionista. Esito, questo, che spetta alle legislazioni interne assicurare. Ad integrare e specificare tale regola vi è l'ulteriore segmento normativo in base al quale gli Stati membri sono tenuti a provvedere affinché “il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive”. Ed è proprio su questo profilo che si appunta l'attenzione del giudice europeo.

⁽²²⁾ Sul punto si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale al par. 109 ss. Nell'ipotesi in esame, va peraltro rilevato come, tenuto conto della natura del contratto e delle circostanze esistenti al momento della sua conclusione, la formulazione oscura della clausola possa di per sé importare il significativo squilibrio delle posizioni contrattuali a detrimento del consumatore e risultare, per ciò solo, abusiva. In argomento cfr. SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno e Minervini, *I contratti dei consumatori*, a cura di Gabrielli e Minervini, Torino, 2005, p. 152.

⁽²³⁾ Si segnala per la singolare contiguità con le questioni affrontate nella pronuncia in esame, l'ordinanza della Corte UE, 16 novembre 2010, *Pohotovost'*, C-76/10, la quale rappresenta un significativo precedente sul rapporto tra la disciplina del contratto di credito al consumo e l'abusività della clausola, nella diversa ipotesi dell'assenza radicale dell'indicazione del TAEG. In tale ordinanza la Corte attribuisce al giudice nazionale la competenza a verificare se una clausola di un contratto di credito relativa al costo di quest'ultimo – nella quale, come detto, era del tutto assente l'indicazione del TAEG – possa esser considerata non chiara e comprensibile ai sensi dell'art. 4.2 dir. 93/13/CEE, così implicitamente riconoscendo la possibilità di sottoporre una simile clausola al controllo sostanziale di abusività. Può, dunque, evincersi che non si determina alcuna differenza di “trattamento” per il caso di errata o assente menzione del TAEG. In questo senso anche le Conclusioni dell'Avvocato Trstenjak (par. 118 ss.).

Alla Corte di Giustizia viene chiesto, infatti, di precisare se la non vincolatività debba ritenersi, in linea di principio, necessariamente circoscritta alla clausola abusiva ovvero se possa propagarsi all'intero contratto concluso tra professionista e consumatore ed, in tal caso, sulla base di quali elementi giungere a tale esito ermeneutico. In definitiva, viene prospettata la compatibilità con il dettato normativo comunitario di una legislazione interna che consenta al giudice nazionale – il quale abbia accertato la ricorrenza di clausole abusive in un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore – di dichiarare che tale contratto nel suo complesso non sia vincolante per il consumatore, in quanto soluzione da ritenere “*first-best*” nella realizzazione dell'interesse di quest'ultimo; così finendo, peraltro, per riconoscere surrettiziamente un incondizionato potere di recesso *ex post* del consumatore ⁽²⁴⁾.

Individuata nella tutela del consumatore una delle fondamentali *policies* perseguite dalla direttiva 93/13/CEE, la Corte sostiene che il legislatore europeo abbia prescelto un rimedio che, operando “nel” contratto, tenda a conseguire una *situazione di equilibrio tra le parti*. In altri termini, attraverso l'eliminazione delle clausole abusive dal contratto e non del contratto nel suo complesso, l'intervento legislativo tende a correggere una situazione di disequilibrio palesatasi in seno al regolamento negoziale, appunto “sanando” e non demolendo il contratto ⁽²⁵⁾. È statuizione di principio ricorrente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia quella secondo la quale il sistema di tutela istituito dalla direttiva, giustificato dalla situazione di ontologica inferiorità del consumatore rispetto al professionista, si strutturi sulla previsione del paragrafo 1 dell'art. 6: “norma imperativa che mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, atto a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime” ⁽²⁶⁾.

Si può, pertanto, affermare che con la direttiva 93/13/CEE il legislatore europeo abbia inteso edificare un impianto rimediale avente, in linea di principio, portata circoscritta alla/e clausola/e che genera(n) un “significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contrat-

⁽²⁴⁾ Questo punto – che verrà trattato analiticamente nel prosieguo – è lucidamente individuato da PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 321.

⁽²⁵⁾ Cfr. Conclusioni Avv. generale par. 63.

⁽²⁶⁾ In numerosi precedenti giurisprudenziali emergono le principali finalità della dir. 93/13/CEE: in particolare, le sentenze Corte UE, 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, in *Racc. pp.* I-10421; *Pannon GSM*, cit.; 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, in *Racc. pp.* I-9579; *VB Penzugyi Lizing*, cit.

to”⁽²⁷⁾. Il venir meno del contratto nel suo complesso si atteggia, quindi, ad ipotesi di natura eccezionale, qualora si riveli impossibile conservare il contratto privato della/e clausola/e abusiva/e, così come previsto nel ricordato inciso dell’art. 6 a mente del quale il contratto rimane vincolante “secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive”⁽²⁸⁾. Con riguardo a questo specifico aspetto, il punto nodale su cui la Corte si interroga concerne i criteri che possano assurgere ad arbitri della persistente validità ed efficacia del contratto: se, cioè, la valutazione debba arrestarsi alla oggettiva possibilità di manutenzione del contratto; ovvero, se possa accedere a criteri di tipo soggettivo, che diano rilievo al-

(27) Con riguardo allo scrutinio che deve porre in essere il giudice nazionale per appurare se una clausola determini un *significativo squilibrio* dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto, prende corpo un orientamento nelle pronunce della Corte di Giustizia secondo il quale occorre effettuare un’opera di raffronto con le disposizioni applicabili nel diritto nazionale in mancanza di un accordo tra le parti in tal senso al fine di valutare se, ed eventualmente in che misura, il contratto collochi il consumatore in una situazione giuridica meno favorevole rispetto a quella contemplata dal diritto nazionale di riferimento: si veda Corte UE, 14 marzo 2013, *Aziz*, C-415/11, punto 68; per un commento a questa pronuncia DELLA NEGRA, *Il “fairness test” nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *Contr.*, 2013, 1059 ss.; nonché 16 gennaio 2014, *Constructora Principado SA*, C-226/12, laddove si sottolinea che la verifica del significativo squilibrio non possa limitarsi ad una valutazione economica che si basi su un confronto tra il valore complessivo dell’operazione oggetto del contratto, da un lato, e i costi posti a carico del consumatore da tale clausola, dall’altro; al contrario, il significativo squilibrio consiste in un pregiudizio sufficientemente grave alla situazione giuridica in cui il consumatore, quale parte del contratto di cui trattasi, viene collocato in forza delle disposizioni nazionali applicabili, sia esso in forma di restrizione al contenuto dei diritti che, ai sensi di tali disposizioni, promanano da tale contratto o di ostacolo all’esercizio dei medesimi o ancora dell’imposizione di un obbligo ulteriore, non previsto dalla disciplina nazionale (punti 62 e 63).

(28) Ancor più chiara è la lettera del *considerando* n. 22 della dir. 93/13/CEE: da esso emerge come, a prescindere dall’inopponibilità di singole clausole abusive prevista nell’art. 6.1 “il contratto resta vincolante per le parti secondo le stesse condizioni, qualora possa sussistere anche senza le clausole abusive”. Questa formulazione sembra, peraltro, porre un chiaro riferimento alla possibilità oggettiva che il contratto controverso possa continuare a sussistere. È stato notato in dottrina come l’espressione adottata nella versione tedesca dell’art. 6 “auf derselben Grundlage” risulti ben più pregnante dell’omologa italiana, ritenendo necessaria per la conservazione del contratto il mantenimento della base negoziale (*Grundlage*). Per la letteratura tedesca sul tema si veda, per tutti, PFEIFFER, *Das Recht der Europäischen Union*, a cura di Grabitz e Hilf, München, 2012, p. 3, il quale deduce dal tenore letterale dell’art. 6.1, seconda frase, dir. 93/13/CEE che l’accertamento dell’abusività di una clausola (a seconda del diritto nazionale, l’inesistenza, l’inefficacia assoluta o relativa, oppure l’inopponibilità della clausola) dovrebbe, in linea di principio, produrre effetti circoscritti alle clausole abusive e conseguentemente, quanto al resto, il contratto dovrebbe continuare a sussistere.

l'interesse di una parte – del consumatore – a svincolarsi dall'impegno contrattuale “sconveniente” ⁽²⁹⁾.

Supportato da un argomento letterale, fondato sul testo ritenuto inequivoco dell'art. 6 dir. 93/13, ed un argomento teleologico, legato alla finalità principale perseguita dal legislatore comunitario consistente nel conseguimento di una situazione di parità ed equilibrio sostanziale tra professionista e consumatore e ad esigenze di certezza del diritto, la Corte enuncia un principio di diritto dai contorni nitidi: la valutazione circa la sopravvivenza del contratto – cui allude l'inciso finale del primo paragrafo dell'art. 6 – deve fondarsi su criteri di tipo rigorosamente *oggettivo*. La caducazione dell'intero contratto potrà determinarsi esclusivamente in ipotesi nelle quali, all'esito della espunzione delle clausole abusive, ne risulti gravemente pregiudicato uno degli elementi essenziali; ovvero sia radicalmente stravolta la fisionomia originaria dell'assetto di interessi divisato nel programma contrattuale (ad esempio laddove la clausola sia inscindibilmente connessa alle altre pattuizioni); ovvero, ancora, qualora appaia compromessa la stessa possibilità di dare esecuzione alle prestazioni derivanti dall'accordo. Significativamente si soggiunge che “di conseguenza, l'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non può essere interpretato nel senso che, nel valutare se un contratto contenente una o diverse clausole abusive possa essere mantenuto in vigore in assenza di dette clausole, il giudice adito può basarsi unicamente sull'eventuale vantaggio, per il consumatore, derivante dall'annullamento di detto contratto nel suo complesso” ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Cfr. il punto 28 della pronuncia. Su questo tema, meritevole di menzione si rivela, altresì, una coppia di conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano nelle quali viene proposta una compiuta elaborazione del congegno rimediale edificato dall'art. 6 dir. 93/13/CEE: nelle conclusioni del 22 settembre 2005 (causa *Ynos*, 10 gennaio 2006, C-302/04, in *Racc.* pp. I-371) si afferma che detta disciplina mira a riequilibrare la posizione contrattuale del consumatore, impedendo che egli sia vincolato da una clausola abusiva; essa non tutela, invece, il professionista, per il quale il venir meno di una o più clausole contrattuali potrebbe dimostrarsi meno vantaggioso e che, pertanto, potrebbe avere tutto l'interesse a liberarsi dagli obblighi del contratto. Ed, ancora, nelle conclusioni della causa C-302/04 (non pervenuta a decisione, poiché i fatti di causa relativi al diritto ungherese risalivano ad una data nella quale l'Ungheria non aveva ancora aderito all'Unione europea) l'Avvocato generale sostiene che il menzionato art. 6 osti ad una normativa la quale preveda che il contratto, contenente una clausola abusiva, permanga per il resto vincolante solo se le parti lo avrebbero comunque concluso anche in assenza della clausola medesima (formula che rievoca quella dell'art. 1419, comma 1, c.c.); e soggiunge che il contratto deve rimanere in vita laddove possa oggettivamente sussistere anche se privato della clausola abusiva.

⁽³⁰⁾ In sentenza si vedano i punti 32 e 33. Anche su questo tema le Conclusioni dell'Avv. generale appaiono maggiormente esplicative: “l'atteggiamento soggettivo del consumatore rispetto alla parte restante del contratto, non riconosciuta come abusiva, non può essere con-

Il ragionamento della Corte, tuttavia, non si esaurisce in questo passaggio. Rammentato, infatti, che la direttiva 93/13/CEE persegue l'obiettivo dell'armonizzazione minima e parziale delle legislazioni nazionali in materia di clausole abusive alle quali è riservata la facoltà di contemplare singole disposizioni derogatorie volte al più efficace conseguimento degli scopi della disciplina medesima ⁽³¹⁾, la Corte afferma la compatibilità con la direttiva 93/13/CEE di una disciplina nazionale che, in vista del perseguimento di una migliore protezione del consumatore, preveda la possibilità di dichiarare la nullità complessiva di un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore contenente una o più clausole abusive ⁽³²⁾.

2. - La pronuncia schiude all'interprete un primo problema di grande suggestione per le rilevanti implicazioni sistematiche che reca con sé: si fa riferimento alla riflessione, già fervente nella dottrina privatistica, sulle conseguenze civilistiche dell'adozione di una pratica commerciale scorretta ⁽³³⁾. Attenzione specifica si dedicherà alle potenziali ripercussioni sul-

siderato il criterio dirimente per valutare il destino del contratto stesso. Decisivi sono [...] altri fattori, quali la possibilità di continuare a dare esecuzione al contratto, che andrà valutata in modo obiettivo. Tale possibilità potrebbe, a determinate condizioni, essere esclusa qualora, a seguito dell'inefficacia di una o più clausole, sia venuto meno, dal punto di vista di entrambe le parti, il presupposto per la conclusione del contratto" (par. 49 ss.). In dottrina, KAPNOPOULOU, *Das Recht der missbräuchlichen Klausel in der Europäischen Union*, Tubinga, 1997, p. 152, ritiene plausibile la caducazione integrale del contratto nell'ipotesi in cui non sia possibile continuare a dare esecuzione al contratto qualora, accertato il carattere abusivo di singole clausole, le lacune rimaste nel regolamento contrattuale risultino troppo significative. Le implicazioni di siffatta questione nell'ambito dell'ordinamento privatistico italiano verranno prese in esame in seguito.

⁽³¹⁾ L'art. 8 dir. 93/13/CEE prevede espressamente che gli Stati membri possano "adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla (...) direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il Trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore".

⁽³²⁾ Cfr. punti 34 ss. della pronuncia; nonché par. 71 ss. delle Conclusioni Avv. gen. Trstenjak. In sede di commento alla sentenza in esame si sofferma su significato e portata dell'armonizzazione nella disciplina delle clausole abusive Cosco, *L'incidenza delle clausole abusive e delle pratiche commerciali sleali sulla sorte del contratto individuale*, in *Contr.*, 2012, p. 668 ss. Per una nozione di armonizzazione minima si veda BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2010, p. 21 ss., secondo il quale essa si connota per la frammentarietà, l'incompletezza e la parzialità dell'intervento legislativo che può realizzarsi in due modi: attraverso la revisione delle regole già esistenti allo scopo di appianare le diversità e di avvicinare le legislazioni ovvero creando un modello base unitario "trapiantato" da un ordinamento dell'Unione o esterno alla stessa.

⁽³³⁾ Gli effetti, potenzialmente dirompenti, dell'impatto della nuova disciplina in materia di pratiche commerciali sul diritto dei contratti dei consumatori negli ordinamenti nazionali sono stati subito colti dalla dottrina. Senza alcuna pretesa di completezza, si richiamano

l'operazione commerciale e, quindi, sul contratto che si collochi – capovolgendo la lettera del dettato normativo – dopo, durante o prima la realizzazione della pratica stessa ed, in definitiva, ai rimedi che il consumatore *uti singulus* può invocare nei confronti del professionista a seguito di una pratica commerciale ingannevole.

In questa prospettiva, appare essenziale la prodromica individuazione dei piani di interessi su cui la normativa sulle pratiche commerciali scorrette intende agire: essa infatti si situa in una terra di frontiera tra il diritto del mercato e della concorrenza e il diritto dei rapporti di consumo. Da un canto, spicca la finalità di tutela del consumatore, emblematicamente enunciata dal *considerando* n. 6 della dir. 2005/29/CE: le pratiche commerciali sleali “ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti legittimi”; pertanto,

le riflessioni già rispetto al testo della direttiva di: GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, cit., p. 171 ss.; ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 428 ss.; NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 235 ss.; COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, ivi, p. 245 ss.; BORTONE, *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, ivi, p. 275 ss.; GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori*, cit., p. 778 ss.; DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 90 ss.; CALVO, *Le pratiche commerciali « ingannevoli »*, cit., p. 238 ss.; MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, p. 478 ss.; D'AMICO, voce *Formazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, p. 590 ss.; TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 775 ss.; DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Annuario del contratto* 2009, Torino, 2010, p. 104 ss.; GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali; dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 37 ss.; CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 409 ss.; PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1117 ss.; BILLOTTA, *Invalidità del contratto e tutela individuale rispetto alle pratiche commerciali scorrette nel settore finanziario e assicurativo*, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, a cura di Meli e Marano, Torino, 2011, p. 217 ss.; MAGRI, *Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore. Alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 269 ss.; ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 921 ss.; TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, *passim*; LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 701 ss.; VALENTINO, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 1157 ss.; GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *www.juscivile.it*, 2013, p. 295 ss.

la direttiva “tutela i consumatori dalle conseguenze di tali pratiche commerciali sleali allorché queste sono rilevanti”. D’altro canto, la disciplina appare strumento di *regolazione* del mercato, che designa quale parametro di ammissibilità dei contegni delle imprese la capacità del consumatore (medio) di assumere decisioni commerciali consapevoli, in vista dell’efficiente e “corretto funzionamento del mercato interno” (art. 1 dir. 2005/29/CE) e del meccanismo concorrenziale ⁽³⁴⁾.

Non può che risaltare, pertanto, la “laconicità” della direttiva 2005/29/CE sotto il profilo della predisposizione di rimedi a favore del consumatore: pur trattandosi di direttiva di armonizzazione massima essa – con una previsione singolarmente anodina – investe gli Stati membri del compito di “assicurare che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali” (art. 11). Muto sul punto è rimasto anche il legislatore italiano che ha pedissequamente trasfuso, agli artt. 18 ss. c. cons., il testo della direttiva ⁽³⁵⁾ e ha esclusivamente badato alla organizzazione e di-

⁽³⁴⁾ Pur attribuendo differenti pesi al rilievo dell’uno o dell’altro aspetto, tutte le riflessioni sul tema muovono da questa duplicità dei piani di rilevanza della disciplina contemplata dalla dir. 2005/29/CE: indicativa la posizione di ALESSI, *I doveri di informazione*, cit., p. 428, secondo la quale, rispetto alla previgente normativa in materia di pubblicità ingannevole (dir. 84/450/CEE), non può più predicarsi l’estraneità della novella direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette all’ambito della disciplina del contratto, nonostante l’esplicita previsione di cui all’art. 3.2 nonché la indubbia collocazione della medesima anche tra le discipline di controllo del mercato. Mette in luce la rilevanza della prospettiva individuale di tutela del consumatore, fra gli altri, GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori*, cit., p. 778 ss.; di converso, GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali*, cit., p. 37 ss., sottolinea come la normativa sulle pratiche commerciali sia espressione diretta della regolazione del mercato quale mezzo più avanzato di “governo degli scambi”; in senso più netto, CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 411, che scrive: “il modello legislativo adottato nella novella non si configura affatto quale modello di tutela individualistica dei consumatori, secondo i canoni ordinari del diritto privato, quanto piuttosto come modello di organizzazione dell’attività comunicativa delle imprese”.

⁽³⁵⁾ Silenzio apostrofato, rispettivamente, come “clamoroso” da GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori*, cit., p. 778, e “assordante” da DE CRISTOFARO, *L’attuazione della direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano*, cit., p. 90 s. Silenzio che risalta ancor più rispetto alle opzioni attuative esplicite e, talora, di ordine sistematico adottate da altri legislatori europei: da una parte, Paesi come l’Irlanda, il Regno Unito, l’Estonia, hanno previsto una disposizione che esclude espressamente che la violazione del divieto di porre in essere pratiche sleali possa, di per sé sola, comportare l’invalidità del contratto che il consumatore abbia concluso con il professionista perché indotto da una pratica commerciale sleale; dall’altra parte, altri ordinamenti, come quello portoghese, attribuiscono al consumatore il diritto di chiedere l’annullamento del contratto, la modificazione dei contenuti dello stesso oppure ancora l’eliminazione delle clausole il cui inserimento nel regolamento contrattuale sia stato influenzato dalla pratica sleale. Differente la soluzione adottata nella legge

disciplina di soggetti, procedimenti e sanzioni di stampo pubblicistico, che privilegiano strumenti di tutela aventi natura prettamente regolatoria del mercato e dimensione collettiva ⁽³⁶⁾. Il silenzio del legislatore “trasla”, dunque, sull’interprete il compito di valorizzare la finalità di protezione del consumatore declamata dalla direttiva, prospettando i rimedi di *private enforcement* che un consumatore, il quale lamenti la realizzazione di una pratica commerciale scorretta, può attivare ⁽³⁷⁾.

francese che, a fronte del silenzio relativo alle conseguenze della violazione del divieto di pratiche commerciali ingannevoli, prevede la sanzione della radicale nullità per il contratto stipulato a seguito di una pratica aggressiva. Ed ancora, in diversi Stati membri è stata introdotta una disposizione che esplicitamente riconnette alla tenuta di una pratica commerciale scorretta l’insorgenza di una pretesa risarcitoria esercitabile dal consumatore nei confronti del professionista (Irlanda, Grecia, Portogallo, Paesi Bassi). Per una esaustiva panoramica delle diverse normative di recepimento si rimanda a DE CRISTOFARO, *L’attuazione della direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano*, cit., p. 58 ss.

⁽³⁶⁾ A dispiegare i suoi effetti sul mercato, passando per il medio della protezione degli interessi collettivi dei consumatori e dei concorrenti, appare infatti prioritariamente rivolto l’intervento del legislatore italiano consistente nella predisposizione di procedure e sanzioni di carattere amministrativo da applicare nell’ipotesi di realizzazione di una pratica commerciale scorretta da parte di un professionista. Tale intervento si è articolato, da un lato, nella estensione della accessibilità del procedimento di cui all’art. 140 c. cons. alla lotta contro le pratiche scorrette; dall’altro lato e con esclusivo riferimento alle pratiche commerciali scorrette, in un procedimento amministrativo dinanzi all’Autorità garante della concorrenza e del mercato essenzialmente avente finalità essenzialmente inibitoria e ripristinatoria, culminante nella irrogazione di sanzioni pecuniarie o amministrative (art. 27 c. cons.). Relativamente a questa disciplina si rinvia, fra gli altri, a CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 383 s.; MELI, *L’applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel “macrosettore credito e assicurazioni”*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 334 ss.; DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 803 ss.; PONTIROLI, *La disciplina delle pratiche commerciali sleali: questioni e tendenze evolutive recenti, con particolare riguardo al settore del credito*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 375 ss.

⁽³⁷⁾ CALVO, *Le pratiche commerciali « ingannevoli »*, cit., p. 238, discorre di un « doppio binario di tutele: alla tutela collettiva, il cui protagonista è il consumatore “medio”, s’affianca quella di diritto comune, la quale concerne il singolo rapporto obbligatorio isolatamente considerato ». Sviluppa l’idea GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori*, cit., p. 783, secondo il quale « l’esistenza di un “doppio livello” di tutele – collettiva e individuale – contro le “pratiche commerciali scorrette” non comporta che le rispettive discipline costituiscano monadi reciprocamente impermeabili. Anzi, a fronte della disciplina introdotta dalla novella, compito primario del giurista [...] è proprio quello di verificare se ed in che misura detta disciplina sia destinata a riflettersi sull’interpretazione ed applicazione di quel diritto comune “in materia contrattuale”, che pure essa fa espressamente salvo (art. 19, comma 2, lett. a, c. cons.) ». Secondo GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali*, cit., p. 42, nt. 25, “il *private enforcement* derivante dall’azione individuale dei singoli interessati, renderebbe più incisivo, costante e capillare l’effetto del *public enforcement* previsto dalla direttiva”.

Vero punto di snodo, come già si è detto, appare la interpretazione dell'art. 3 dir. 2005/29, disposizione ripetuta dal legislatore municipale all'art. 19, comma 2, lett. a, c. cons.: "il presente titolo non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto" ⁽³⁸⁾. Dall'introduzione di questa regola nell'ordinamento interno risulta un criterio di "non intrusione" che circoscrive il campo di applicazione della disciplina medesima e, soprattutto, affida agli istituti e alle regole del diritto (propriamente) contrattuale la sorte dell'eventuale negozio che graviti nell'orbita della pratica commerciale scorretta ⁽³⁹⁾.

Il quesito iniziale può trovare, anzitutto, una risposta di carattere, per così dire, metodologico: in mancanza di un dato normativo esplicito ⁽⁴⁰⁾, non è possibile individuare soluzioni univoche e generalizzate al problema della refluenza dell'adozione di una pratica commerciale scorretta sulla validità del contratto; sarà necessario, piuttosto, modularle in ragione della tipologia di pratica commerciale e del suo peculiare interagire con la vicenda negoziale ⁽⁴¹⁾. Sulla scorta del menzionato criterio di "non intrusione" – secondo cui, come detto, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette lascia impregiudicata l'applicazione del diritto contrattuale – sarà necessario

⁽³⁸⁾ MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 480 ss., così stigmatizza la scelta legislativa: « la formula "non pregiudica" [...], se ha un senso all'interno di una Direttiva caratterizzata dall'armonizzazione massima, non ne ha alcuno all'interno di una normativa nazionale di recepimento ».

⁽³⁹⁾ Secondo CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 413, « questo sembrerebbe il senso normativo specifico dell'espressione utilizzata dal legislatore, quando ha stabilito che la nuova disciplina "non pregiudica" l'applicazione della disciplina generale del contratto: cioè non la implica né la esclude automaticamente »; cfr. altresì MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 481, la quale ritiene che « il nostro legislatore [...] abbia evitato di prendere posizione sulle conseguenze "privatistiche" in caso di violazione della nuova disciplina e abbia accolto l'idea di un tacito rinvio al sistema ».

⁽⁴⁰⁾ Si intende far riferimento, ad esempio, all'esplicito richiamo compiuto dalla disciplina dell'affiliazione commerciale all'annullabilità del contratto: "se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto" (art. 8, l. 6 maggio 2004, n. 129).

⁽⁴¹⁾ Rispetto ad un primo orientamento che aveva profilato per il problema in esame soluzioni in chiave di rimedio unico (per tutti, GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, cit., p. 171), la dottrina si è successivamente orientata, preso atto del silenzio legislativo, verso una modulazione dei rimedi in funzione delle differenti fattispecie: cfr. GRANELL, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori*, cit., p. 780; MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 482; D'AMICO, voce *Formazione del contratto*, cit., p. 590 ss.

pervenire a tali soluzioni percorrendo gli “itinerari” segnati dalla normativa consumeristica e dalla disciplina generale del contratto. Non può che condividersi, in questo senso, la tesi avanzata in dottrina secondo la quale l'esistenza di una pratica scorretta non può divenire “in quanto tale”, in via automatica, causa di invalidità del contratto ⁽⁴²⁾. Di converso, come detto, non si vuol con ciò approdare alla conclusione, di segno opposto, della assoluta irrilevanza della pratica commerciale sul rapporto contrattuale che ne sia stato causa o effetto ⁽⁴³⁾.

L'oggettiva idoneità di talune azioni od omissioni del professionista, connotate da *unfairness*, a distorcere le scelte del consumatore, pregiudicando la corretta valutazione dell'operazione economica e comprimendone la libertà negoziale, richiede infatti la definizione di una strategia rimediale che si articoli nella specifica vicenda contrattuale ⁽⁴⁴⁾. Traendo spunto

⁽⁴²⁾ In questo senso si richiamano, per tutti, le opinioni di DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano*, cit., p. 91, secondo il quale alla luce della scelta del legislatore italiano di non prevedere alcuna conseguenza privatistica “speciale”, nessun contratto potrà considerarsi affetto da nullità (“classica” o “di protezione”), né tanto meno suscettibile di essere sciolto unilateralmente dal consumatore con un atto di recesso *ad nutum*, per il solo fatto che la sua stipulazione sia stata preceduta o resa possibile dalla adozione di pratiche commerciali scorrette; parimenti, esclude che la natura scorretta di una pratica, di per sé sola, possa legittimare il singolo consumatore ad agire in giudizio per ottenere l'annullamento; nonché di CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 412, la quale sostiene che « la “scorrettezza” di una pratica commerciale non è essa soltanto, e per ciò solo, ragione di invalidità del/dei contratto/i stipulati dal professionista autore della pratica con un consumatore; né può essere fonte essa soltanto di una qualche responsabilità per danni causati al consumatore ». *Contra* GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, cit., p. 171 ss.

⁽⁴³⁾ Deve cioè escludersi che la disciplina dei contratti dei consumatori rimanga insensibile ed impermeabile alla applicazione delle regole in materia di pratiche commerciali scorrette. Così si esprime lo stesso DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano*, cit., p. 91, secondo cui sarebbe auspicabile una rilettura delle nozioni tradizionali di dolo e violenza in considerazione dell'introduzione dei divieti di pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive. Prima ancora del recepimento della direttiva e a prescindere dall'introduzione di specifici rimedi di carattere privatistico si esprimeva in tal senso MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 82; analogamente VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 529. Anche fra i commentatori stranieri risulta diffuso siffatto convincimento: si veda, fra gli altri, WILHELMSSON, *European Fair Trading Law*, cit., p. 53; COLLINS, *The Unfair Commercial Practices Directive*, cit., p. 425; RAYMOND, *Incidences possibles de la transposition de la directive n° 2005/29/Ce du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation*, in *Contracts, concurrence, consommation*, 2006, p. 6.

⁽⁴⁴⁾ Appare particolarmente significativo quanto sancito dal *considerando* n. 9 della dir. 2005/29/CE, il quale chiarisce che “la direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da

dalle circostanze del caso esaminato, si intendono valutare le possibili ricadute che l'adozione di una azione commerciale ingannevole, ex art. 21, lett. d, c. cons. – quale la indicazione di un TAEG inferiore a quello effettivamente praticato – possa ingenerare su un contratto e, in particolare, su un contratto di credito al consumo.

Una prima, significativa, conferma della incidenza della disciplina delle pratiche commerciali scorrette sulla disciplina del contratto sembra potersi trarre proprio dal senso complessivo della pronuncia della Corte di Giustizia: che, se nega una rilevanza diretta della scorrettezza della pratica sulla validità del vincolo contrattuale, al contempo individua un punto di contatto tra la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e quella sulle clausole abusive. Appare, dunque, condivisibile l'esito dell'operazione interpretativa compiuta dalla Corte consistente in ciò che l'adozione di una pratica commerciale scorretta diviene elemento che concorre nella valutazione dell'abusività della clausola e, quindi, decisivo della validità ed efficacia di una parte del contratto ⁽⁴⁵⁾.

La tenuta di una pratica commerciale scorretta rappresenta, quantomeno, la spia di una "sostituzione" del processo di formazione della volontà del consumatore e di una qualche forma di "incoraggiamento" del consumatore stesso all'accettazione di clausole negoziali gravemente sfavorevoli nei suoi riguardi ⁽⁴⁶⁾. Proprio argomentando dalla decisione analizzata, potrebbe sostenersi qualcosa di più: potrebbe individuarsi una di-

soggetti che siano stati lesi da una pratica commerciale sleale". In argomento, si veda PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1121, il quale ritiene necessaria l'articolazione di una pluralità di rimedi in funzione della pluralità di interessi presidiati dalla disciplina in esame: "i due piani su cui la disciplina delle pratiche commerciali scorrette si disloca vanno tenuti distinti: uno è rappresentato dalla regolamentazione del mercato e, in specie, della concorrenza [...], e qui vengono in rilievo la tutela amministrativa e giurisdizionale di natura pubblicistica [...]; l'altro è costituito dai così detti rimedi privatistici ossia dalle forme di tutela individuale o collettiva, su cui la direttiva prima e il codice del consumo poi tacciono e alla cui individuazione non costituisce di certo un ostacolo la previsione di un apparato di tutela di tipo pubblicistico giacché la rilevanza per l'appunto pubblicistica della regolamentazione non esclude la refluenza sul piano privatistico". Sostiene MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008, p. 311, che "la rilevanza pubblicistica della regolamentazione non esclude – e basti pensare all'abuso di posizione dominante – la possibilità di refluenze sul piano invalidativo".

⁽⁴⁵⁾ Cfr. punti 43 ss. della pronuncia esaminata e par. 122 ss. delle Conclusioni Avv. Trstenjak.

⁽⁴⁶⁾ Si veda il *considerando* n. 15, dir. 93/13/CEE, laddove si dice che "occorre rivolgere particolare attenzione (...) al quesito se il consumatore sia stato in qualche modo incoraggiato".

namica che vede la scorrettezza della pratica commerciale palesarsi in seno al singolo contratto nella veste di una clausola che, pur da non reputare in modo meccanico abusiva, denota un significativo sintomo di vessatorietà.

Proseguendo lungo il percorso intrapreso, si tratta ulteriormente di verificare se ed in quali altri punti la normativa sulle pratiche commerciali intersechi la disciplina del diritto comune dei contratti e quale “guadagno” possa trarne il consumatore in termini di rimedi “disponibili” ⁽⁴⁷⁾.

Nella disciplina delle pratiche commerciali si assiste, come accennato, alla imposizione sull’operatore commerciale di un nutrito fascio di obblighi di comportamento, imposti secondo la tecnica legislativa del divieto, che si giustifica in ragione della sua peculiare qualificazione professionale e si caratterizza per gli accentuati contenuti di protezione dell’interesse del consumatore all’assunzione di scelte economiche consapevoli ⁽⁴⁸⁾. La violazione di tali divieti realizzata nella fase precontrattuale può, pertanto, essere intercettata, alternativamente o congiuntamente, da regole di responsabilità e di validità: in primo luogo, può attivarsi, anche in presenza di un contratto valido, il rimedio risarcitorio *sub specie* di responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 c.c., in quanto comportamento contrario a buona fede e correttezza ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Non pare condivisibile la tesi prospettata in dottrina di una nullità virtuale *sub specie* di protezione per i contratti stipulati all’esito della violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette: cfr., tra gli altri, GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, cit., p. 171; DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 62, (con esclusivo riferimento alle pratiche aggressive); BILLOTTA, *Invalidità del contratto e tutela individuale*, cit., p. 224 ss. Qui il dibattito rischierebbe nuovamente di incagliarsi nelle pastoie della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, su cui la Corte di Cassazione è pervenuta ad un arresto nelle note sentenze Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Contr.*, 2008, p. 221; per una più esauriente esposizione delle ragioni che si ritengono ostative della ammissibilità di tale soluzione si rinvia a GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori*, cit., p. 779 ss.; MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 484. Da ultimo si veda LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., p. 716 ss.; VALENTINO, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1186 ss.

⁽⁴⁸⁾ In argomento si vedano, per tutti, LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, p. 92 ss.; PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1162.

⁽⁴⁹⁾ In questa prospettiva, com’è noto, la buona fede di cui all’art. 1337 c.c. funge da clausola generale nel cui alveo iscrivere tutti i comportamenti sleali posti in essere dalle parti del futuro contratto, in coerenza con quella che è l’interpretazione cristallizzata nella pronuncia della Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su*

Qualora poi la condotta trasgressiva, integrando un'azione ingannevole, si palesi idonea a distorcere il processo di libera e consapevole determinazione a contrarre del consumatore può risultare pregiudicata la validità del vincolo contrattuale, dando la stura all'applicazione della disciplina codicistica sull'annullabilità per dolo di cui all'art. 1439 c.c. ⁽⁵⁰⁾.

nullità virtuale e responsabilità precontrattuale; ed in ossequio ad un orientamento dottrinale che si deve, com'è noto, a MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 365 ss. Sugli aspetti relativi ad una possibile tutela individuale del consumatore sul piano risarcitorio si concentra BORTONE, *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione*, cit., p. 288 ss.; GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori*, cit., p. 784; TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, cit., p. 780 ss. Più in generale, ALESSI, *I doveri di informazione*, cit., p. 42 ss.: con specifico riferimento alle informazioni promozionali ingannevoli sottolinea come "le stesse prescrizioni volte a intercettarne e sanzionarne il carattere ingannevole [...], una volta che questo sia misurato dal punto di vista del consumatore medio, valgono a sottrarre tali messaggi all'ambito esclusivo dei controlli (in chiave concorrenziale) delle corrette pratiche commerciali, quale zona franca rispetto all'applicazione dei rimedi contrattuali, e segnatamente il dovere di buona fede nella fase di formazione"; COLLINS, *Harmonisation by Example*, cit., p. 114, sostiene che "a private right of redress could comprise [...] a claim for compensation for material (and perhaps non-pecuniary) losses incurred as a result of being misled or bullied into a transaction by an unfair commercial practice". Non viene evidentemente meno la necessità di accertare, anche in questa ipotesi, la sussistenza di un danno da ristorare e del nesso di causalità rispetto alla condotta del professionista: in giurisprudenza si veda in tema Trib. Milano, 13 marzo 2012, in *Danno e resp.*, 2013, p. 195 ss., con nota di BUGATTI, *Pratiche commerciali scorrette e tutela risarcitoria del consumatore*, che nella specie ha respinto un'azione di classe ex art. 140-bis, comma 2, lett. c, c. cons. finalizzata ad ottenere il risarcimento del danno cagionato da una pratica commerciale scorretta (*sub specie* di pubblicità decettiva posta in essere da un'impresa farmaceutica che distribuiva un test per la rilevazione dell'influenza), poiché ha ritenuto non soddisfatto l'onere della prova in capo al consumatore attore relativamente al nesso causale, ovvero alla sussistenza di un effetto ingannevole in concreto rispetto alla scelta d'acquisto subito dall'acquirente a causa della pratica commerciale scorretta posta in essere dalla convenuta.

⁽⁵⁰⁾ La dottrina si è divisa su questo punto: favorevoli all'applicabilità dell'annullamento, pur con sfumature di pensiero, sono tra gli altri NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto*, cit., p. 236 ss.; GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori*, cit., p. 781 ss.; CALVO, *Le pratiche commerciali « ingannevoli »*, cit., p. 239 ss.; MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 481. In senso contrario, tra gli altri, TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, cit., p. 779; e soprattutto CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 410 ss.: l'A. – riflettendo sul problema dalla peculiare prospettiva dei rapporti tra l'accertamento dell'autorità amministrativa ed il giudizio ordinario di annullamento instaurato dal consumatore e di un eventuale travaso e commistione fra gli esiti dei medesimi – ritiene d'ostacolo all'applicabilità del rimedio dell'annullamento del contratto la individuazione del "consumatore medio" quale soggetto destinatario della disciplina sulle pratiche commerciali

Come detto, l'applicabilità dell'istituto dell'annullamento del contratto per dolo non può conseguire automaticamente all'accertamento della natura ingannevole di una pratica commerciale, dovendo bensì passare dall'integrazione dei presupposti richiesti dalla disciplina codicistica; tale considerazione non inficia, tuttavia, l'effetto di ampliamento dei presupposti applicativi del rimedio ⁽⁵¹⁾. Nella prospettiva dello specifico rapporto

scorrette. Così scrive: « la fondamentale precisazione normativa per cui, agli effetti della disciplina del codice del consumo, le pratiche commerciali sono scorrette – e perciò vietate – soltanto in quanto (...) idonee a falsare il comportamento economico del consumatore “medio”, sembra introdurre già in linea di principio una chiara linea di demarcazione fra le suddette tutele, necessaria e sufficiente ad impedire quell'automatico travaso di presupposti e quella conseguente commistione di effetti che, in entrambe le ipotesi di tutele prima indicate, esporrebbe al rischio di uno snaturamento di ciascuna di esse ». Da ultimo su questa posizione si colloca GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit., p. 302.

⁽⁵¹⁾ Nella esegesi tradizionale i requisiti del dolo vizio sono individuati: nell'*animus decipiendi*, in una condotta attiva consistente in artifici diversa dal mero mendacio o dalla reticenza idonea ad indurre in errore la vittima, nell'errore della vittima e un nesso di causalità fra comportamento ed errore. Tale interpretazione si radica nella concezione secondo cui “ciascuna delle parti deve tutelare i propri interessi, soprattutto con la più completa possibile informazione. *Caveat emptor*[...]. Finché il meccanismo contrattuale resta quello che è, non si arriverà all'annullamento, come regola generale, per la semplice violazione della fiducia che una parte abbia nell'onestà dell'altra, e perché questa non abbia sufficientemente illuminato la prima sulla portata e sul contenuto delle clausole contrattuali”: così TRABUCCHI, *Il Dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 493. Dalla constatazione della mutata “selezione degli interessi rilevanti nella disciplina sul dolo” MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 487, deduce la necessità di una revisione dei presupposti applicativi dell'istituto dell'annullamento in relazione alle regole introdotte dalla disciplina sulle pratiche commerciali sleali; GRANELLI, *Le « pratiche commerciali scorrette » tra imprese e consumatori*, cit., p. 783, valuta tutte le possibili interazioni tra l'ambito di operatività della disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli e quello dell'annullamento. Secondo DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano*, cit., p. 91 ss., sarebbe auspicabile, oltre che probabile, una rilettura delle tradizionali nozioni di dolo e raggiri in tema di annullamento del contratto. Particolarmente significativa, perlomeno di un orientamento di pensiero prevalente in ambito europeo, è la disposizione dedicata al dolo – nel quadro della Parte II intitolata “Concludere un contratto vincolante” e specificamente della disciplina dei vizi del volere – dalla Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (Bruxelles, 11 ottobre 2011, COM(2011) 635), che così recita: “1. Una parte può annullare il contratto qualora l'altra parte l'abbia indotta a concluderlo mediante falsa rappresentazione dolosa, attuata con parole o comportamenti, o reticenza dolosa di informazioni che secondo buona fede e correttezza o in base ad obblighi di informazione precontrattuale avrebbe dovuto comunicarle. 2. La falsa rappresentazione è dolosa se è realizzata con la consapevolezza o la convinzione che la dichiarazione è falsa, o ignorando per negligenza se è vera o falsa, e con l'intenzione di indurre il destinatario in errore. La reticenza è dolosa se è diretta ad indurre in

contrattuale di consumo, la violazione della regola che fissa i requisiti dell'azione ingannevole e gli elementi su cui l'inganno rileva (art. 21 c. cons.) può rappresentare, in talune ipotesi, una forma di "oggettivazione" dei presupposti del dolo contrattuale ⁽⁵²⁾.

In tal modo, si intende valorizzare in via interpretativa un elemento di convergenza dei due plessi normativi (quello relativo alle pratiche commerciali scorrette e quello sull'annullabilità del contratto) da rinvenire nel bene protetto: la *libertà di scelta* del contraente, in siffatto contesto soggettivamente qualificato come consumatore. Tale operazione ermeneutica può consentire di superare le divergenze esistenti fra le medesime discipline, scaturenti da genesi e logiche differenti ⁽⁵³⁾.

Così ragionando, si conferisce rilievo essenziale al carattere decettivo dell'informazione su un elemento del contratto e alla sua idoneità a falsare la determinazione a contrarre del consumatore medio, emblematicamente raffigurata dall'enunciato legislativo "assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso" (art. 21, comma 1, c. cons.) ⁽⁵⁴⁾.

Si tratta, allora, di individuare un punto di sutura sul piano dell'accer-

errore la persona a cui l'informazione viene celata. 3. Al fine di determinare se la buona fede e la correttezza prescrivano alla parte di rivelare una determinata informazione, deve aversi riguardo a tutte le circostanze, in particolare: (a) l'eventuale competenza specifica della parte; (b) il costo al quale la parte può ottenere l'informazione; (c) la facilità con cui l'altra parte può procurarsi le informazioni con altri mezzi; (d) la natura delle informazioni; (e) la manifesta importanza dell'informazione per l'altra parte; e (f) nei contratti tra professionisti, le buone pratiche commerciali nella situazione di cui trattasi" (art. 49). In giurisprudenza si veda in tema Trib. Bologna, 28 settembre 2009, che ha annullato, in quanto viziato da dolo, con conseguente restituzione al consumatore del prezzo corrisposto oltre agli interessi legali, il contratto pubblicizzato attraverso un messaggio promozionale giudicato ingannevole dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e rivelatosi inidoneo al raggiungimento dei risultati promessi.

⁽⁵²⁾ In letteratura si veda la riflessione sviluppata da CALVO, *Le pratiche commerciali « ingannevoli »*, cit., p. 212 ss.

⁽⁵³⁾ *Contra* CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 417, che ritiene, viceversa, prevalenti le differenze rispetto alle analogie. L'A. ritiene incolmabile lo scarto di logiche fra il codice del consumo, il quale assume ad "oggetto di tutela la trasparenza del mercato attraverso la regolazione delle condotte delle imprese", ed il codice civile che tutela "la continuità dei traffici commerciali attraverso la garanzia della validità ed efficacia dei contratti e la conservazione dei medesimi, a meno che non sia accertata direttamente l'avvenuta conclusione per effetto di condotte riprovevoli di un contraente".

⁽⁵⁴⁾ Così, ad esempio, riconducendo la riflessione al caso affrontato dalla sentenza esaminata, si è già avuto modo di notare la capitale importanza rivestita dalla informazione sul TAEG nel processo di formazione di una decisione commerciale da parte del consumatore in vista della possibile conclusione di un contratto di credito al consumo (si veda il primo par. ed il richiamo al disposto dell'art. 5 dir. 2008/48/CE).

tamento dei presupposti propri del dolo determinante nell'ambito del giudizio di annullamento di un contratto concluso tra professionista e consumatore. Come si è detto, non viene meno la necessità dello scrutinio del giudice sulla effettiva alterazione del processo di formazione di un consenso libero e consapevole del consumatore; mutano, piuttosto, le regole sostanziali e procedurali che vi presiedono ⁽⁵⁵⁾.

È noto, infatti, che nel giudizio di annullamento il *deceptus* si arena sovente in punto di prova del dolo contrattuale, nelle strette maglie per esso confezionate dalla giurisprudenza. Si potrebbe invero ipotizzare, in considerazione delle evidenziate finalità, un alleggerimento di tale gravoso carico probatorio spettante al consumatore ingannato, il quale sarebbe chiamato ad allegare esclusivamente la violazione obiettiva della norma che vieta la pratica commerciale e la conseguente determinazione di un vizio del suo consenso in ordine alla conclusione del contratto controverso, rilevante a mente dell'art. 1439 c.c. A tale alleggerimento corrisponderebbe un eguale e contrario aggravamento dell'onere del professionista convenuto: questi, per sfuggire all'annullamento del contratto, sarebbe tenuto a dimostrare che la pratica adottata non possa di per sé considerarsi ingannevole; ovvero che la scorrettezza riferibile al "consumatore medio" non si sia tradotta, in concreto, in una perturbazione della volontà negoziale del singolo consumatore rilevante ai fini dell'annullamento del contratto concluso per effetto della pratica commerciale scorretta; infine, potrebbe sostenere che, al più, si sia determinato il solo peggioramento delle condizioni contrattuali convenute, richiamando la disciplina del dolo incidente posta dall'art. 1440 c.c., con le relative conseguenze di tipo esclusivamente risarcitorio ⁽⁵⁶⁾.

Tale diversa ripartizione dell'onere probatorio rinviene il suo fondamento sostanziale nella corrispondente diversa distribuzione degli oneri di

⁽⁵⁵⁾ Diversamente su questo profilo, in modo più reciso, ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 22, secondo cui stante l'"intima concatenazione" esistente tra le norme sulle pratiche scorrette e la disciplina del contratto non potrebbe negarsi la ricorrenza dei presupposti dell'annullabilità del contratto in presenza di pratiche commerciali ingannevoli a prescindere dalla prova dell'attitudine di queste ultime ad integrare i presupposti del dolo; nonché NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto*, cit., p. 241, il quale ritiene che le pratiche commerciali ingannevoli contenute nella lista nera (art. 23 c. cons.) non necessitino di "una valutazione in concreto della effettiva efficacia ingannevole rispetto a quel determinato consumatore".

⁽⁵⁶⁾ In senso analogo si esprime MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 487 ss., la quale ritiene che "si possa avere un'inversione dell'onere della prova in quanto si può presumere l'astratta idoneità del comportamento a falsare la prospettiva del *deceptus*".

diligenza e correttezza che modellano la complessiva relazione tra professionisti e consumatori, (s)bilanciati in vista del conseguimento di una condizione di equilibrio effettivo ⁽⁵⁷⁾. Sicché ai primi viene imposto un composto coacervo di obblighi di comportamento, in particolare di *disclosure*, che si giustifica proprio in ragione della posizione socio-economica e della qualificazione professionale rivestita. I secondi ne conseguono, in chiave rimediale, un beneficio che non si esaurisce nella sfera super-individuale (cui pure è prioritariamente rivolta la disciplina sulle pratiche commerciali), bensì la travalicano giungendo al singolo e specifico rapporto. Sulla scorta di queste considerazioni verrebbe privato di pregio l'argomento addotto dal professionista della assenza di *animus decipiendi* nel proprio contegno, attesa la rilevanza oggettiva della violazione del divieto di pratiche commerciali ingannevoli ⁽⁵⁸⁾. Né egli potrebbe utilmente invocare il differente atteggiarsi di artificio, mendacio o reticenza, alla luce dell'operazione di uniformazione tra azioni (art. 21 c. cons.) ed omissioni ingannevoli (art. 22) che la disciplina sulle pratiche commerciali compie in ordine alla capacità "manipolativa" delle decisioni commerciali del consumatore: una interpretazione coerente del testo delle menzionate disposizioni dovrebbe dare tale preciso indirizzo, in questo ambito, alla soluzione del problema del dolo c.d. omissivo ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, 487.

⁽⁵⁸⁾ Così ritiene GRANELLI, *Le « pratiche commerciali scorrette » tra imprese e consumatori*, cit., p. 783, che ne sottolinea la contrarietà con l'indirizzo tradizionale della giurisprudenza (peraltro risalente a Cass., 26 gennaio 1995, n. 975, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2502) e tuttavia avvertito da una parte della dottrina; nonché CALVO, *Le pratiche commerciali « ingannevoli »*, cit., p. 218, il quale scrive: « anche a voler ammettere che per il codice civile il dolo presupponga coscienza e volontà dell'attività diretta a trarre in inganno il soggetto passivo [...], l'abbandono – cui è senza dubbio andata incontro la direttiva 2005/29/Ce – dell'equazione "dolo = *animus decipiendi*" dovrebbe significare che [...] assuma importanza il dato obiettivo della falsa informazione indipendentemente [...] dall'elemento soggettivo dell'illecito civile ». Di diverso avviso MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 487.

⁽⁵⁹⁾ Su questo profilo si veda, per tutti, GRANELLI, *Le « pratiche commerciali scorrette » tra imprese e consumatori*, cit., p. 783 ss.: l'A. sostiene che laddove la disciplina vieta, se dotate di capacità decettiva, le "informazioni non rispondenti al vero", essa consenta di riconoscere rilievo al semplice *mendacio* del professionista; con riguardo alla *reticenza*, l'ampiezza ed analiticità degli obblighi di trasparenza che la normativa sulle pratiche commerciali impone al professionista fa sì che "l'omissione delle specifiche informazioni appena ricordate rilevi, nell'ambito del rapporto individuale fra professionista e consumatore [...] sul piano della validità del contratto" (ex art. 1439 c.c.). In giurisprudenza si segnala la pronuncia della Cass., 2 febbraio 2012, n. 1480, in *Notariato*, 2012, p. 350, nella quale afferma che "il dolo quale causa di annullamento del contratto (ai sensi dell'art. 1439 c.c.) può consistere tanto nell'ingannare

3. – Riguardate dall'angolo visuale dei riflessi sull'ordinamento italiano, si rivela altresì di particolare interesse la questione concernente logica, struttura e limiti del rimedio apprestato in presenza di clausole abusive nei contratti tra professionisti e consumatori.

Pare, infatti, opportuno soffermare la riflessione sulla soluzione profilata dal giudice remittente slovacco e accolta – nei termini di cui s'è detto – dalla corte europea, provando a “trapiantarla” nell'ordinamento italiano: ci si chiede, in altre parole, se e allora su quali indici normativi possa l'omologo italiano emettere una pronunzia di nullità totale del contratto affetto da clausole abusive, in vista della più efficace tutela degli interessi del consumatore ⁽⁶⁰⁾.

Va sinteticamente rammentato che, nelle scelte compiute dal legislatore italiano in sede di trasposizione della direttiva 93/13/CEE, la sopravvivenza del contratto susseguente alla caducazione delle clausole abusive rappresenta una delle cifre caratterizzanti tale disciplina. Non a caso, com'è noto, nello stadio iniziale dell'attuazione della direttiva, la scelta sul rimedio che trasponesse la generica locuzione “non vincolano”, adottata nell'art. 6 della direttiva, si declinò in termini di “inefficacia”: come emerge dagli stessi lavori preparatori della legge di recepimento n. 52/1996, si intendeva, in tal modo, scongiurare il rischio che una diversa soluzione potesse condurre all'applicazione della regola prevista dall'art. 1419, comma 1, c.c. ⁽⁶¹⁾. D'altronde, convincimento tradizionalmente invalso in dottrina è che l'affrancarsi da un contratto “depurato” degli elementi a lui più convenienti costituisca soluzione più favorevole per il professionista, cosicché una previsione di inefficacia totale del contratto “contaminato” da clausole abusive rappresenterebbe un affievolimento della tutela apprestata al consumatore rispetto ad un'inefficacia soltanto parziale ⁽⁶²⁾.

con notizie false, con parole o con fatti la parte interessata (dolo commissivo) quanto nel nascondere alla conoscenza altri, col silenzio o con la reticenza, fatti o circostanze decisive (dolo omissivo)”. Non è possibile in questa sede affrontare, come avrebbero invece meritato, le questioni della eventuale applicabilità dell'annullamento per errore o per violenza (in riferimento alle pratiche commerciali aggressive).

⁽⁶⁰⁾ Per una raffigurazione complessiva della tematica, in riferimento anche alla pronunzia in esame, si vedano le riflessioni condotte da PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle corti*, Torino, 2012, *passim*; ID., *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, cit., p. 318 ss.

⁽⁶¹⁾ In dottrina rileva una “intenzionalità politica” alla base di questa scelta, consistente nell'obiettivo di una più forte tutela del consumatore ROPPO, voce *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1996, p. 10; così anche CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 37.

⁽⁶²⁾ Così già notava MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del*

A tutt'oggi – trasfusa la disciplina in esame nel codice del consumo e succeduta la previsione di nullità di protezione a quella di inefficacia – tale tratto distintivo permane nel comma 1 dell'art. 36 di detto codice, il quale stabilisce che “le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto”. Esattamente al pari della originaria versione della trasposizione, resta fuori da tale disposizione l'inciso “sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive”, contenuto viceversa nell'art. 6 dir. 93/13/CEE ⁽⁶³⁾. Il codice del consumo sembra, cioè, delineare una nullità di protezione avente portata *necessariamente parziale* ⁽⁶⁴⁾.

Va da sé che la circostanza che l'art. 36 c. cons. non contempli espressamente l'ipotesi non esclude di per sé che – qualora l'espunzione della clausola abusiva dovesse attentare ad uno degli elementi essenziali del ne-

contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva, in *Contr. impr.*, 1994, p. 1097 ss. Nel caso in esame si assiste invero ad un ribaltamento radicale della prospettiva consueta nei contratti che presentano clausole abusive: è il consumatore ad invocare l'integrale demolizione del contratto – rivelatosi, anche a prescindere dalla eventuale eliminazione delle clausole squilibranti, fortemente sconveniente dal punto di vista economico – sulla scorta che ciò rappresenti *sic et simpliciter* il rimedio meglio rispondente ai suoi interessi. A ben vedere in dottrina già PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, p. 66, ritiene frutto di pregiudizio l'affermazione secondo cui “la conservazione in vita di un contratto viziato rappresenti sempre e comunque la soluzione migliore per il consumatore”. In tema cfr. altresì FARNETI, *La vessatorietà delle clausole “principali” nei contratti del consumatore*, Padova, 2009, *passim*.

⁽⁶³⁾ Per una panoramica sulla evoluzione del profilo rimediale nella disciplina sulle clausole abusive si rinvia, *ex multis*, a ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, cit., p. 410 ss.; VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, *passim*; EAD., *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 1366 ss.; ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 669 ss.

⁽⁶⁴⁾ Così già si esprime PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 229. Sul carattere della parzialità e, più in generale, sui tratti fondamentali dell'istituto della nullità di protezione si richiamano, *ex multis*, i molteplici studi di SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 489 ss.; ID., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 237 ss.; ID., *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 735 ss.; DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 816 ss.; DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 40; AA.VV., *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009, *passim*; DE CRISTOFARO, *Le invalidità « negoziali » di protezione nel diritto comunitario dei contratti*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, p. 674 ss.; GENTILI, *La “nullità di protezione”*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 77 ss.; ALBANESE, *Non tutto ciò che è “virtuale” è razionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 503 ss.; D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale di protezione*, in *Contr.*, 2012, p. 977 ss.

gozio e facesse difetto una previsione dispositiva – possa essere accertata la nullità totale del contratto in forza delle regole generali (artt. 1418, comma 2 e 1326 c.c.) ⁽⁶⁵⁾.

Il tenore delle menzionate disposizioni offre una soluzione recisamente negativa al quesito prospettato: nel sistema italiano, come peraltro in quello europeo, non emergono indici normativi che consentano di tramutare la nullità da parziale a totale esclusivamente in ragione della maggiore funzionalità per l'interesse del consumatore ⁽⁶⁶⁾. A tal fine, nessun guadagno deriverebbe dalla imputazione di un limite alla trasposizione interna del menzionato inciso dell'art. 6 della dir. 93/13/CEE in ordine alla sopravvivenza del contratto intercorrente tra professionista e consumatore privato delle clausole abusive, attesa la natura squisitamente oggettiva dei criteri da cui può promanare la caducazione integrale del contratto medesimo (anche alla luce dell'interpretazione che la Corte fornisce nella sentenza sopra ricordata) ⁽⁶⁷⁾.

Né, in ogni caso, si perverrebbe a conclusione di segno diverso richiamando la regola di diritto comune dettata dal comma 1 dell'art. 1419 c.c., in tema di nullità parziale del contratto ⁽⁶⁸⁾. Essa tende a produrre un « effetto

⁽⁶⁵⁾ Così ritenevano, peraltro denunciando la lacuna legislativa, già MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 565 ss.; CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie*, cit., p. 39 ss. Cfr. altresì PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore*, cit., p. 318.

⁽⁶⁶⁾ Il vantaggio del consumatore invero compare all'art. 36, comma 3, c. cons. laddove si prescrive che “la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore”. Qui la norma pare riferirsi, tuttavia, alla relatività del diritto di far valere in giudizio la nullità di protezione (la quale si limita a colpire esclusivamente clausole ritenute abusive, facendo salvo il resto del contratto, a mente del citato comma 1 del medesimo articolo) e alla circostanza che il consumatore debba trarre dalla medesima dichiarazione di nullità esclusivamente effetti benefici. Cfr. MAZZAMUTO e PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, p. 123, i quali ritengono che la nullità parziale, e non quella totale, sia rimedio “nella disponibilità del contraente debole”.

⁽⁶⁷⁾ Si rinvia a quanto illustrato nel primo paragrafo.

⁽⁶⁸⁾ In letteratura, il rapporto tra nuove nullità e nullità codicistiche è indagato da DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 127 ss. In giurisprudenza si segnalano due recenti decisioni della Corte di Cassazione (Cass., ord., 16 aprile 2012, n. 5976 e Cass., ord., 8 febbraio 2012, n. 1875, in *Dir. e giust.*, 2012) le quali, pronunciando sulla vessatorietà della clausola di deroga al foro del consumatore, affermano: “come si evince dal tenore del d.lgs. n. 206 del 2005, art. 38, deve allora ritenersi trovare [...] applicazione non già la disciplina generale di diritto comune del codice civile ex artt. 1419 e 1421 c.c., bensì la regola posta nell'ambito della disciplina “generale” del sottosistema settoriale o *parziale* in argomento al d.lgs. n. 206 del 2005, art. 36, prevedente la nullità delle (sole) clausole vessatorie o abusive (il contratto rimanendo valido per il resto). Trattasi di nullità di protezio-

di “contenimento” » della portata demolitoria della nullità, la quale viene in tal modo calibrata sulla specifica parte o clausola del contratto affetta dal vizio, in omaggio peraltro al principio di conservazione del contratto ⁽⁶⁹⁾. La propagazione della nullità all’intero negozio è, infatti, riferita alla sola ipotesi in cui “risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpito dalla nullità” ⁽⁷⁰⁾. Com’è noto, ad una più risalente impostazione c.d. volontaristica la formulazione della norma appariva riconoscimento di una concezione del contratto fondata sull’accordo delle parti formatosi su un certo contenuto obbligatorio essenziale; di conseguenza, la dicotomia nullità parziale – totale doveva esser decisa sul piano della interpretazione della volontà delle parti, salvo poi interrogarsi sulla declinazione ipotetica o effettiva di siffatta volontà ⁽⁷¹⁾. La contrapposta lettura di stampo oggettivo – oggi maggioritaria – guarda piuttosto all’assetto di interessi realizzato dalle parti per mezzo del contratto e ritiene necessaria la verifica della permanenza della causa in concreto a supportare il contratto che residua alla espunzione di una sua parte ⁽⁷²⁾.

ne [...] operante solamente a vantaggio del consumatore (v. Cass., 26 settembre 2008, n. 24262). A tale stregua essa, pur essendo rilevabile anche d’ufficio dal giudice, non può in ogni caso ridondare a scapito del consumatore medesimo”.

⁽⁶⁹⁾ In questo senso DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 102 ss. In generale sull’esegesi dell’art. 1419 c.c. e sulla nullità parziale si vedano, *ex multis*, TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 901 ss.; GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno, *Il contratto in generale*, I, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 1351 ss.; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, p. 543 ss.; altresì MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, *Rimedi*, IV, a cura di Gentili, Milano, 2006, p. 12 ss.; DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 708 ss.; D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, *passim*.

⁽⁷⁰⁾ Nella prassi internazionale, il vaglio sulla tenuta del contratto a fronte della nullità di una sua clausola viene denominato test di *severability*. In generale, sugli aspetti squisitamente processualistici si veda CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 977 ss.

⁽⁷¹⁾ Nell’ambito della letteratura italiana, la concezione volontaristica è sostenuta, per tutti, da CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 61 ss.

⁽⁷²⁾ Su questa posizione già BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1950, p. 473, il quale insisteva sul “criterio oggettivo” alla luce “dell’assetto di interessi che le parti avevano inteso realizzare”. Ancor più marcata la posizione sostenuta da ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 686 ss. e da ultimo ID., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano 2011, p. 811 ss., ad avviso del quale il giudizio di conservazione del contratto deve dipendere dall’equilibrio tra le restanti clausole del contratto, secondo un’integrazione del contratto con il principio di buona fede contrattuale. Tendono a ridimensionare i termini del contrasto sia SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 546; che DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 105 ss., il quale ritiene dirimente la verifica della persistenza della causa in concreto.

Benché impossibile, nella limitatezza di queste note, approfondire compiutamente l'evoluzione interpretativa di tale disposizione ⁽⁷³⁾, è viceversa possibile affermare che, in ogni caso, nessuna delle esegesi proposte è idonea a suffragare, come già detto, una invalidazione dell'intero contratto in ragione dell'esclusivo interesse di una delle parti, non connotate dalla specifica qualificazione soggettiva e relazionale di professionista *vs.* consumatore ⁽⁷⁴⁾.

Ma anche ove così fosse, in una simile direzione non sembrano, comunque, condurre dati normativi ulteriori o complessive considerazioni di sistema. Nel primo senso, ragionando sul caso esaminato, va osservato che nell'ambito della vigente disciplina in materia di credito al consumo è posta una regola di *default* in base alla quale, nel caso di assenza o nullità della relativa clausola, il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto (art. 125-*bis*, comma 7, T.U.B.) ⁽⁷⁵⁾. Pare evidente, dunque, che il legislatore intenda conservare il contratto di credito al consumo attraverso un meccanismo integrativo del regolamento negoziale, richiamando piuttosto il dettato del comma 2 dell'art. 1419 c.c. ⁽⁷⁶⁾. Sulla questione, logicamente successiva, degli effetti della caducazione della clausola abusiva è

⁽⁷³⁾ Per una puntuale ricostruzione della quale si rimanda a GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1356 ss.

⁽⁷⁴⁾ In questo senso conclude PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore*, cit., p. 320 ss.

⁽⁷⁵⁾ In questo modo si assolverebbe il compito prefigurato dalla Corte di Giustizia nella sentenza in esame, laddove sostiene che "incombe ai giudici nazionali che accertano il carattere abusivo delle clausole contrattuali [...] trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché tale consumatore non sia vincolato da dette clausole" (punto 30). Si aggiunga che il comma 6 del medesimo art. 125-*bis* T.U.B. prescrive che: "sono nulle le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'art. 121, comma 1, lettera e), non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato [...]". *La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto* [c.n.]. Si rammenta poi che potrebbe venire in rilievo, ove sussistessero i presupposti applicativi, anche l'art. 1815, comma 2, c.c. che – com'è noto – stabilisce che "se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi".

⁽⁷⁶⁾ Si veda in proposito GALGANO, *Sub art. 1419. Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 145 ss. secondo il quale, in analoghe ipotesi nell'ambito dei contratti bancari, trova applicazione la regola di cui all'art. 1419, comma 2, c.c. In questo senso, sulla specifica questione in esame cfr. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore*, cit., p. 321, che parla di "eterointegrazione cogente" del regolamento contrattuale. Sul tema si vedano inoltre MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., p. 372 ss.; DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 673; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 231 ss.

intervenuta, in più di una occasione, la Corte di Giustizia: affermando nella pronuncia *Banco Español de Crédito*, 14 giugno 2012, C-618/10, in una controversia avente ad oggetto un patto sugli interessi di mora inserito in un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore, la Corte ha affermato l'incompatibilità con l'art. 6 della dir. 93/13/CEE della disciplina spagnola di cui all'art. 83 del Real decreto Legislativo 1/2007 (*Texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usurarios*) che consente la sostituzione della clausola nulla con regole ricostruite dal giudice, ritenendo viceversa massimamente rispondente al principio del "massimo effetto utile" per il consumatore la soluzione della mera soppressione del patto nullo ⁽⁷⁷⁾.

Due successive pronunce della Corte hanno ribadito l'orientamento in base al quale, all'esito dell'accertamento dell'abusività di una clausola, il giudice debba trarne (anche in assenza di una specifica istanza in giudizio da parte del consumatore) tutte le conseguenze affinché il consumatore non ne resti vincolato secondo la normativa municipale: ne emerge un quadro nel quale gli unici due "scenari" degli ordinamenti interni che appaiano compatibili con la direttiva 93/13/CEE e, segnatamente, con l'art. 6.1, sembrano risultare la "soppressione" *tout court* della clausola abusiva, senza che altra modifica venga apportata al contratto medesimo, ovvero l'integrale caducazione del contratto che non possa "sopravvivere" alla eliminazione della clausola stessa ⁽⁷⁸⁾. Tali decisioni, anche sulla scorta delle

⁽⁷⁷⁾ Particolarmente interessante un passaggio della richiamata sentenza *Banco Español de Crédito*: "se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'art. 7 della direttiva 93/13. Infatti tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive [...] dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti" (punti 66-69). Per un approfondito commento, in senso piuttosto critico, della decisione cfr. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore*, in *Persona e mercato*, 2012, p. 114 ss.; nonché D'ADDA, « *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto* », in *Contr.*, 2013, p. 22 ss., che mette in chiaro i termini del problema: « si tratta di intendere quali siano gli effetti della "disapplicazione" della clausola abusiva: se se ne dia la mera caducazione ovvero si determini l'integrazione della lacuna mediante il ricorso alla disciplina dispositiva abusivamente derogata, ovvero ad altra regola di costruzione giudiziale ».

⁽⁷⁸⁾ Si tratta delle pronunce della Corte UE, *Jörös*, causa C-397/11 e *Asbeek Brusse*, causa C-488/11, entrambe del 30 maggio 2013, dalle quali è possibile evincere che, ad avviso della Corte, il giudice interno - accertato (senza attendere che il consumatore presenti una do-

motivazioni addotte dalla Corte, potrebbero dar luogo a risvolti potenzialmente “eversivi” nei sistemi interni: non contemplando l’art. 6 della dir. 93/13/CEE un richiamo ad un meccanismo di sostituzione della clausola vessatoria, si potrebbe concludere nel senso che qualsiasi forma di integrazione successiva del contratto, di natura dispositiva o giudiziale che sia, si riveli incompatibile con le finalità protettive degli interessi del consumatore poiché idonea ad affievolire, se non elidere, l’effetto deterrente nei confronti dei professionisti della disciplina sulle clausole abusive enunciato all’art. 7 della direttiva medesima ⁽⁷⁹⁾.

Più in generale, dalla disciplina sulle clausole abusive traspaiono nitidamente due esigenze, di protezione del consumatore e di conservazione del contratto, che vengono tutelate in modo collimante e non collidente. La protezione della parte debole non viene perseguita attraverso la negazione sistematica della libertà contrattuale in capo alla parte forte. Alla ontologica condizione di asimmetria di potere contrattuale che connota, a

manda a tal fine) il carattere abusivo di una clausola contrattuale – deve trarre tutte le conseguenze che derivano, secondo il diritto nazionale, da tale accertamento affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da tale clausola; nonché vagliare, sulla base di criteri in linea di principio oggettivi, se il contratto di cui trattasi possa sussistere senza detta clausola (cfr. *Jörös*, punto 48). I giudici nazionali devono, pertanto, limitarsi a “disapplicare” una clausola contrattuale abusiva, e non possono, viceversa, “correggerne” il contenuto (cfr. *Asbeek Brusse*, punto 57). In questo senso già propendeva la menzionata sentenza *Banco Español de Crédito* al punto 65.

⁽⁷⁹⁾ Tempera la portata dei riflessi delle decisioni in esame sugli ordinamenti interni ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze jörös e asbeek brusse*, in *www.iuscivile.it*, p. 397 ss. e spec. p. 404, secondo la quale “se il contratto amputato delle clausole abusive, anche in vista di un obiettivo di conservazione nell’interesse del consumatore, ammette in principio, secondo la Corte, integrazioni per via legale, ma non quando la disciplina legale sia a sua volta veicolo di integrazione per via giudiziale, lo scetticismo della Corte sembra allora appuntarsi proprio sull’efficacia dell’intervento giudiziale questa volta in funzione di recupero di una auspicata giustizia contrattuale”. Da ultimo in argomento si sofferma PAGLIANTINI, *Profili sull’integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013, p. 67 ss. e spec. p. 110 ss., il quale, per un verso, mette in luce come, nella prospettiva adottata dalla Corte del principio dell’effetto utile, sia considerata massimamente efficiente ai fini del conseguimento degli obiettivi della direttiva la logica della mera amputazione del regolamento contrattuale; per altro, sostiene la necessità di un “segmentarsi dei rimedi” ossia del ricorso ad una pluralità di tecniche preposte all’adattamento di un contratto asimmetrico parzialmente nullo; nonché D’AMICO, *L’integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, *ivi*, p. 241 ss., secondo il quale la configurabilità della nullità della clausola convenzionale che costituisce una “deroga abusiva” al diritto dispositivo può dare la stura ad una interpretazione evolutiva dell’art. 1374 c.c. che apra a forme di “integrazione cogente del contratto attraverso il diritto dispositivo”.

monte, la relazione tra professionista e consumatore e al “significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto” nel quale può esitare a valle, il legislatore europeo risponde piuttosto ricreando “artificialmente” – attraverso un intervento “ortopedico” circoscritto alla porzione del regolamento contrattuale che sia espressione di un esercizio abusivo della libertà negoziale nei confronti della controparte – un equilibrio effettivo ⁽⁸⁰⁾.

Il rimedio avverso le clausole abusive si atteggia, pertanto, quale contrappeso offerto dal legislatore alle forze antagoniste esercitate dal professionista e dal consumatore, posto a vantaggio di quest’ultimo; contrappeso, si badi, che agisce *all’interno* della vicenda contrattuale e non in “negazione” della medesima. Questo è il senso e, al contempo, il limite dell’intervento regolativo posto a tutela del consumatore nella disciplina in esame, la quale cioè non intende approdare all’integrale sacrificio dell’autonomia contrattuale e, dunque, pervenire alla demolizione dei rapporti negoziali liberamente instaurati dai privati.

Si disvela nitidamente l’idea che costituisce *ratio* e limite dell’azione legislativa comunitaria a tutela del consumatore: se è vero, infatti, che l’esigenza di protezione del consumatore riveste una posizione di predominio assiologico nella disciplina dei rapporti di consumo, ciò tuttavia non esime l’interprete dal ricercare un necessario temperamento con altri interessi e principi emergenti dal dettato normativo europeo ed interno ⁽⁸¹⁾. Si pensi, da un canto, all’interesse del professionista al mantenimento del negozio su cui aveva riposto affidamento e, dall’altro, ai principi dell’autono-

⁽⁸⁰⁾ Si richiama sul punto la riflessione di MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, pp. 628 e 640 ss.; altresì BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 373 ss. In generale, non è possibile in questa sede dare conto della vastissima letteratura sulla protezione del consumatore: si rinvia alla dettagliata ricostruzione e ai riferimenti bibliografici di GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, cit., p. 5 ss.; nonché a WEATHERILL, *EC Consumer Law and Policy*, Cheltenham, 2005, *passim*.

⁽⁸¹⁾ I *considerando* della direttiva 93/13/CEE individuano il complesso degli obiettivi perseguiti dall’azione legislativa: oltre che ad una più intensa tutela del consumatore, occorre, infatti, ricordare che la direttiva è stata emanata in vista della progressiva instaurazione del mercato interno (*considerando* n. 1); alla luce di quanto previsto dal suo secondo e terzo *considerando*, la direttiva mira ad eliminare le notevoli disparità riscontrabili nelle legislazioni degli Stati membri in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori; come emerge dal settimo *considerando*, il legislatore intende altresì incentivare le attività commerciali nell’ambito di applicazione della direttiva (“in questo modo i venditori di beni e i prestatori di servizi saranno facilitati nelle loro attività commerciali sia nel proprio Stato che in tutto il mercato unico”).

mia contrattuale ⁽⁸²⁾, del rispetto dei patti assunti, della certezza delle situa-

(82) L'autonomia contrattuale (*freedom of contract*) è protetta dall'art. 16 della Carta europea dei diritti fondamentali (rubricato "*freedom to conduct business*") ed è generalmente riconosciuta dalla Corte di Giustizia quale "principio generale del diritto civile" (si vedano, per tutte, Corte UE, 5 ottobre 1999, *Spagna c. Commissione*, C-240/97; 9 marzo 2006, *Werhof*, C-499/04). Particolare spicco viene conferito dall'Avv. generale al ruolo assolto dall'autonomia contrattuale nell'ambito del diritto dell'Unione di rilievo privatistico allorquando scrive: "sarebbe altresì compromesso il fondamento per un'attività commerciale responsabile da parte degli operatori economici. A fare le spese di una normativa che imponga in modo categorico e senza eccezioni l'inefficacia di interi contratti, quando ciò risulti utile solo per una delle parti, sarebbe l'autonomia contrattuale. In tal modo, infatti, il consumatore favorito unilateralmente verrebbe liberato dalla responsabilità di soppesare accuratamente i vantaggi e gli svantaggi prima di assumere un'obbligazione contrattuale e, di conseguenza, di agire in modo ragionevole. L'approccio adottato dal legislatore della direttiva tiene adeguatamente conto di questo principio [...] limitandosi a quanto necessario per stabilire una situazione di parità tra le parti del contratto e prescrivendo invece, quanto al resto, che le parti restino vincolate agli accordi esistenti e liberamente assunti" (par. 64). In questo interessante passaggio affiora una concezione dell'autonomia contrattuale che riecheggia le idee caratterizzanti il dibattito dottrinale su valore e funzione dell'autonomia privata, in particolare nel rapporto con la legge, rinfocolatosi al tempo della (mai avvenuta) promulgazione della Costituzione europea: ci si limita a richiamare, in questa sede, le riflessioni di MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 56, secondo il quale nel diritto europeo dei contratti predominano logiche di razionalità economica che vedono i consumatori, e in generale le classi protette quali « agenti della razionalità del mercato », tutelati in modo strumentale al raggiungimento di obiettivi altri, segnatamente di efficienza dei mercati; sul punto l'A. è tornato in *Id.*, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., p. 639, rilevando nel contratto europeo una tendenza alla "collaborazione dell'autonomia privata al soddisfacimento dell'interesse pubblico e [...] al perseguimento di obiettivi di politica legislativa prefissati dal legislatore, che oggi tuttavia si aprono sempre più alle istanze della persona e dell'economia sociale"; si veda altresì SCOGNAMIGLIO, *L'autonomia contrattuale e la legge*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 315: « il tema dei rapporti tra legge ed autonomia privata deve essere visto, tanto più in una prospettiva di diritto privato europeo, anche alla luce delle relazioni tra il singolo atto di autonomia privata ed il mercato, e, dunque, della possibilità che la disciplina del concreto contratto "sporga" sino a farsi componente della stessa tecnica regolativa del mercato »; nonché la riflessione di CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, pp. 39 e 49, "contratto e mercato sono due categorie che esprimono prospettive diverse, quella atomistica e quella globale, della medesima realtà" non potendo il mercato essere concepito come "alcunché di aggiuntivo rispetto all'autonomia". Si delinea un concetto di autonomia contrattuale essenzialmente bilaterale che "non evoca il potere di una parte sull'altra, ma quello di ambedue, nella misura in cui consenta a ciascuna di esercitare la propria signoria della volontà"; esso acquista riconoscimento e dignità, anche di rango costituzionale, nei limiti in cui il suo esercizio non determini un'alterazione della sfera di libertà di un contraente in favore dell'altro e non si riveli, in un certo senso, "abusivo". Si vedano altresì le più recenti considerazioni in argomento di S. PAT-

zioni giuridiche ⁽⁸³⁾. Il perseguimento di tale finalità protettiva non può, pertanto, spingersi sino a introdurre un “camuffato” *ius poenitendi* a favore del consumatore, oltre i casi e i limiti previsti dalla legge ⁽⁸⁴⁾, che finisca per dar luogo ad un fenomeno di “*eutanasia*” di un contratto ormai indesiderato.

Non pare fuor d’opera segnalare come in altri ordinamenti sia espressamente contemplata l’eventualità che, successivamente alla dichiarazione di vessatorietà della clausola e alla sua integrazione, il contratto dia luogo ad un assetto fortemente sbilanciato e pregiudizievole a danno di una delle parti. È il caso, ad esempio, della legislazione tedesca (§ 306, Abs. 3, BGB) e di quella spagnola (art. 10-*bis*.2 della *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*), le quali prevedono in via eccezionale nella fattispecie descritta (nell’ambito della quale potrebbe peraltro ipoteticamente ricadere il caso concreto della sentenza “*Pereničová*”) la caducazione totale del contratto, da poter leggere nel senso di una protezione di maggior rigore degli interessi del consumatore ⁽⁸⁵⁾.

4. – In conclusione, non può mancarsi di svolgere talune considerazioni finali sul ruolo assolto dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea nella costruzione del diritto europeo dei contratti nonché di provare a tratteggiare l’immagine complessiva del diritto privato europeo che dal complesso delle pronunce prese in esame pare di scorgere.

Si rivela, anzitutto, particolarmente apprezzabile lo sforzo ricostruttivo compiuto dalla Corte di Giustizia nella sua rimarchevole operazione ermeneutica di coordinamento fra svariati tessuti normativi. Ciò che risalta è

TI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 633 ss. I termini del discorso si ripropongono anche nella riflessione, maturata nel contesto della legislazione dell’Unione europea, di CIACCHI, *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*, in *ERCL*, 2010, p. 318, che intravede “the beginning of a Europe-wide development of the substantive understanding of freedom of contract as party autonomy”; nonché WHITTAKER, *The optional instrument of European Contractual Law and Freedom of Contract*, in *ERCL*, 2011, p. 372, il quale discorre della “dual vision of freedom of contract in national contract laws and in the Union acquis [...] as promoting market transactions and freedom of contract as promoting individual autonomy”.

⁽⁸³⁾ Su questo punto si richiamano le riflessioni di PAGLIANTINI, *L’interpretazione più favorevole per il consumatore*, cit., p. 320 ss.

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*, p. 320.

⁽⁸⁵⁾ Si tratta di regola che potrebbe, d’altra parte, rivelarsi funzionale agli interessi del professionista: in questo senso PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva*, cit., p. 118, che vi rinviene un possibile limite (eccezionale) ad una “ipertutela” del consumatore. Per un’analisi approfondita di queste normative cfr. VALLE, *L’inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 261 ss.

l'emersione dei legami e delle interazioni esistenti tra le menzionate discipline ed il superamento della frammentazione che ha da sempre – per evidenti cause “congenite” – segnato la normativa di rilievo contrattuale dell'Unione, provando così a conferire il senso di un corpo legislativo composito ma unitario ⁽⁸⁶⁾.

In questa prospettiva, il sostrato comune alla disciplina che vieta il ricorso a pratiche commerciali sleali e a quella che sanziona l'utilizzo nel contratto di clausole abusive può essere rinvenuto, pur nella autonomia delle sfere applicative, nella finalità di protezione della libertà di scelta del consumatore e dell'autonomia contrattuale delle parti. Ancor più significativamente, unico risulta il principio cardine di cui tali discipline si fanno espressione: ciò che rende scorretta una pratica commerciale ed abusiva una clausola contrattuale è, in definitiva (e pur senza sorvolare sugli altri presupposti applicativi che si affiancano nelle discipline in esame), la violazione del principio di correttezza e buona fede. Qui il rilievo della correttezza e buona fede, “colorandosi” dei contenuti della *fairness* di matrice europea che si flettono e specificano nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette e delle clausole abusive, si accentua nei confronti del professionista. Sicché tale canone governa il complessivo rapporto professionista-consumatore ed, in particolare, orienta le condotte del professionista rilevanti, per un verso, generalmente nello sviluppo dell'attività commerciale e, per altro verso, specificamente in vista della predisposizione (in forma per lo più standardizzata) dei regolamenti contrattuali che andranno a fissare rispettivi diritti ed obblighi ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁶⁾ Questo profilo è esaminato anche nelle Conclusioni dell'Avv. generale: “una valutazione sistematica complessiva degli atti giuridici emanati a tutela del consumatore rivela come tra di essi sussista una molteplicità di collegamenti da valutare anche in sede di interpretazione. Gli atti giuridici dell'Unione in materia di tutela del consumatore devono pertanto essere considerati come parte di un insieme complessivo e unitario di regole che si completano tra loro. La frammentazione che sussiste ancora oggi nell'ambito della legislazione dell'Unione in tema di tutela dei consumatori è la conseguenza di uno sviluppo storico, nel corso del quale il legislatore, al fine di realizzare un vero mercato interno per gli scambi tra imprese e consumatori, ha gradualmente regolato singoli settori, in linea con l'*acquis*” (par. 88). In letteratura ORLANDO, *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, cit., p. 38, rimarca l'importanza e la necessità di un “coordinamento normativo” tra le direttive 2005/29/CE e 93/13/CEE, per allontanare il pericolo di potenziali conflitti e mettere in luce le interazioni fra le medesime.

⁽⁸⁷⁾ La letteratura sulla buona fede è pressoché sterminata. Sicché qui ci si limita ad offrire pochissimi spunti con riguardo ai temi analizzati: con specifico riferimento alla disciplina in commento ORLANDO, *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, cit., p. 38 ss., ravvisa che la direttiva introduce un nuovo concetto unitario di “*unfairness towards consumer*” che contribuisce a fissare i criteri per discernere tra una condotta *fair*

La relazione tra le due discipline non corre, peraltro, nel senso unico – posto all’attenzione della Corte – della refluenza che la ricorrenza di una pratica commerciale scorretta possa determinare sul singolo rapporto negoziale tra professionista e consumatore, specificamente sotto forma della vessatorietà della clausola che ne rappresenti l’esito. Come la dottrina ha già compiutamente sostenuto, appare altresì giuridicamente rilevante il percorso inverso, il quale conduce a ritenere che l’utilizzo da parte del professionista di clausole abusive nella definizione delle condizioni contrattuali possa essere valutato quale pratica commerciale scorretta ai sensi della direttiva 2005/29/CE e, conseguentemente, sottostare al relativo trattamento sanzionatorio⁽⁸⁸⁾. Si delinea, in ultima ana-

ed una *unfair* del professionista, laddove la prima influisce e la seconda distorce le decisioni commerciali del consumatore. Su contenuti e funzioni della buona fede nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette si veda altresì PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1159 ss., il quale, individuata una peculiare commistione nella disciplina delle pratiche commerciali sleali materia tra diligenza e buona fede, riconosce a quest’ultima un contenuto precettivo che si spinge anche oltre le *best practices* e le regole deontologiche di settore ed impone regole di condotta ulteriori, le quali “scaturiscono direttamente dalla posizione economico-sociale di operatore commerciale di natura professionale”; considerazioni di analogo tenore sono già espresse, in materia di intermediazione mobiliare, da VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 1068 ss., la quale individua nella *fairness* richiamata dalle disposizioni comunitarie “una modalità del complessivo agire sul mercato di un soggetto professionalmente qualificato” e precisa che “correttezza nell’agire sul mercato è dunque espressione riferita alle imprese sia in ordine al comportamento con la clientela [...], sia nel quadro dei rapporti di mercato in senso lato rispetto all’azione improntata ai canoni della libera concorrenza [...]”. Più in generale si richiama l’idea di REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell’attività di intermediazione mobiliare*, in *L’intermediazione mobiliare. Studi in memoria di Aldo Maisano*, a cura di Mazzamuto e Terranova, Napoli, 1993, p. 130, secondo il quale le clausole generali, come quella di buona fede, rappresentino il collante tra il sistema del diritto privato generale e i diritti c.d. secondi. Evidenziano la centralità della buona fede nel diritto europeo dei contratti SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell’autonomia privata*, in *Annuario del contratto 2010*, Torino, 2011, p. 36 ss.; MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., p. 634 ss.; nonché BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, cit., p. 377 ss., il quale assegna alla buona fede il ruolo di principio fondativo degli abusi di potere contrattuale ed, al contempo, di parametro alla luce del quale accertare quegli abusi; secondo l’A. nella buona fede può tuttora identificarsi “l’unico collante ancora in grado di tenere assieme una figura generale di contratto”. Nel contesto europeo si richiama il volume di AA.VV., *Good Faith in European Contract Law*, a cura di Zimmermann e Whittaker, Cambridge-New York, 2000.

⁽⁸⁸⁾ Questa concettualizzazione si deve ad ORLANDI, *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, cit., p. 25 ss.: l’A. ritiene che l’inserimento di clausole

lisi, una corrispondenza biunivoca tra i due insiemi normativi.

Parimenti tra la direttiva 2005/29/CE e la normativa sul credito al consumo un *trait d'union* può cogliersi nel fondamentale rilievo che entrambe conferiscono all'imposizione di obblighi di *disclosure* sul professionista, al fine di porre il consumatore nelle condizioni di maturare ed assumere decisioni di natura commerciale il più possibile consapevoli, e che costituisce anche qui epifania dei principi di trasparenza e correttezza.

Siffatta veduta sistematica delle discipline esaminate – ed in generale della normativa dell'Unione di rilievo privatistico – potrebbe condurre ad un significativo guadagno e per il consumatore, in termini di correttezza dei contegni commerciali delle imprese nonché di integrazione dei congegni rimediali a sua disposizione, e per il mercato, in termini di efficienza e miglior funzionamento del gioco concorrenziale.

Sotto altro versante, di particolare interesse risulta la ripartizione dei compiti che la Corte di Giustizia effettua rispetto ai giudici nazionali: se a ciascuno di essi pertiene, oltre che il ruolo di “giudice comunitario di diritto comune”⁽⁸⁹⁾, la risoluzione dei casi concreti nella peculiare cornice dell'ordinamento nazionale, il giudice europeo per sé conserva la posizione delle pietre angolari sulle quali il diritto privato europeo deve ergersi. A

abusive da parte del professionista nei contratti con i consumatori ai sensi della dir. 93/13/CEE costituisca allo stesso tempo anche una pratica commerciale sleale ai sensi della dir. 2005/29/CE. Un simile impiego andrebbe qualificato come una pratica commerciale ingannevole, in quanto di norma viene trasmessa un'informazione falsa o il consumatore viene a trovarsi in una situazione di incertezza con riguardo ai diritti e ai doveri derivanti dalle clausole abusive. Secondo l'A. le disposizioni che veicolano il collegamento fra le due normative sono l'art. 7 dir. 93/13/CEE e l'art. 3.4 dir. 2005/29/CE: la prima palesa una dimensione “super-individuale” nella disciplina delle clausole abusive (“Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori”); la seconda regola il potenziale conflitto fra la dir. 2005/29/CE ed altre direttive che regolino specifici aspetti di regolamentazione delle pratiche commerciali sleali, prescrivendo che la prima ceda alle seconde. L'operazione interpretativa compiuta tende ad un complessivo coordinamento tra le menzionate discipline, tra l'altro, nel senso che “the enforcement rules of Articles 11 to 13 of the UCPD must apply [...] to the commercial practices consisting in the use of unfair terms and the use of non-transparent terms whenever such practices entail the constitutive elements of an unfair business-to-consumer commercial practice”.

⁽⁸⁹⁾ Così Trib. CEE, 10 luglio 1990, *Tetra Pak Rausing SA contro Commissione delle Comunità europee*, T-51/89. Sul punto cfr. in dottrina CAVALLARI, *L'incidenza dell'evoluzione della relazione fra i giudici nazionali e la Corte di giustizia sul rapporto fra l'ordinamento dell'Unione e quello degli Stati membri*, nota a Corte UE, 24 novembre 2011, C-379/10, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1247 ss. e spec. p. 1268.

ben vedere – così come emerge nitidamente dagli orientamenti in materia di clausole abusive – è la Corte nella sua opera interpretativa di formazione e costante alimentazione del diritto vivente ad identificare le regole che, inderogabilmente imponendosi negli ordinamenti nazionali, concorrono a costituire la base “*armonizzata*” del diritto dell’Unione; e, per contrasto, a far risultare l’ambito di discrezionalità lasciato ai legislatori municipali nel rispetto dei limiti posti da trattati e direttive ⁽⁹⁰⁾.

In questa prospettiva, le pronunce della Corte di Giustizia oggetto di riflessione si rivelano fotografia quanto mai realistica della stagione che sta conoscendo il diritto privato europeo. Dalla lettura, tra gli altri, del *decisum* sul caso *Pereničova* si rileva, dapprima, l’adozione di una scelta interpretativa – riferita ad una regola cardinale nell’azione legislativa dell’Unione (l’art. 6.1 dir. 93/13/CEE) nella quale si identifica il nocciolo duro del contenuto normativo della direttiva – secondo la quale “la finalità perseguita dal legislatore dell’Unione attraverso la direttiva 93/13 consiste nel ripristinare l’equilibrio tra le parti, salvaguardando al contempo, in linea di principio, la validità del contratto nel suo complesso, e non nell’annullamento di qualsiasi contratto contenente clausole abusive”; e che, altresì, limita a criteri di natura oggettiva – fra i quali non può iscriversi la considerazione del

⁽⁹⁰⁾ Una esemplificazione consente di portare il discorso ad un più elevato livello di concretezza e chiarezza: come si è visto, nella sentenza esaminata la Corte, pur qualificando come imperativa la regola posta dall’art. 6.1 dir. 93/13/CEE, la ritiene derogabile dalle normative di attuazione domestiche che perseguano una finalità di più intensa protezione del consumatore. Di converso, l’attenzione della Corte di giustizia si è, in numerose occasioni, concentrata sul profilo del rilievo d’ufficio da parte del giudice della abusività della clausola il quale, invero, viene del tutto ignorato dalla dir. 93/13/CEE. Su questo aspetto infatti – in una sorta di *climax* ascendente, a partire dalla sentenza Corte UE, 27 giugno 2000, *Océano*, cause riunite C-240/98 – C-244/98, passando dalla pronuncia 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, fino ad arrivare alla sentenza 4 giugno 2009, *Pannon*, C-243/08, e 9 ottobre 2010, *Pénzügyi*, C-137/2008 e da ultimo 21 febbraio 2013, *Banif Plus Bank Zrt*, C-472/11 – la Corte è giunta a sostenere che la posizione del giudice interno non consista in una mera facoltà di rilevare la vessatorietà di una clausola nell’interesse del consumatore, bensì nell’obbligo di esaminare d’ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine (*Pannon*, punto 32); e si è spinta sino al punto di affermare che il giudice nazionale deve adottare d’ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola rientri nell’ambito di applicazione della direttiva (*Pénzügyi*, punto 26). In siffatto *modus operandi* non può non notarsi l’esercizio di una vera e propria funzione “conditoria” del diritto da parte della Corte, che crea il diritto “armonizzato” e che, peraltro, attribuisce a questa stessa regola ed, in generale, alla disciplina sulle clausole abusive natura di ordine pubblico. Si veda in argomento MONTICELLI, *La rilevanza d’ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo “atto” della Corte di Giustizia*, in *Contr.*, 2009, p. 1115 ss.; VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie*, cit., p. 1373 ss.; F. P. PATTI, *Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, p. 1062 ss.

mero vantaggio del consumatore – la verifica della manutenzione del contratto in assenza delle clausole abusive. Immediatamente dopo – in palese antitesi – viene ammessa la possibilità che, in nome del criterio dell’armonizzazione minima e parziale ed in vista della finalità di protezione massima del consumatore, le legislazioni municipali possano sostanzialmente ignorare, se non tradire, tale nucleo forte, sino ad “immolare” gli altri fondamentali valori perseguiti dalla disciplina ⁽⁹¹⁾.

Tale incedere nell’argomentazione desta perplessità: in primo luogo, una disposizione interna che consenta di dichiarare la nullità totale di un contratto in vece della nullità parziale della singola clausola abusiva sulla sola base della valutazione di convenienza per l’interesse del consumatore, più che realizzare un *plus* di tutela per i consumatori che sfrutti la sfera di azione riservato al legislatore nazionale dal canone dell’armonizzazione minima, sembra costituire un vero e proprio *aliud* rispetto al dettato normativo cogente della direttiva.

Ancora, non particolarmente lungimirante appare una politica di tutela degli interessi del consumatore che non ritenga essenziale la circostanza che queste stesse regole protettive siano, il più possibile, uniformi e coerenti nei diversi ordinamenti municipali: vale a dire che, il livello di tutela degli interessi dei consumatori nell’ambito dell’Unione europea non può che risultare direttamente proporzionale al grado di effettiva unificazione delle regole di protezione negli ordinamenti interni.

A tacere della considerazione che anche l’altra fondamentale finalità dichiarata dalla direttiva 93/13/CEE stessa, consistente nell’instaurazione di un mercato unico, non sembra poter rinunciare alla definizione progressiva di una piattaforma normativa comune agli Stati membri, specie in un settore così rilevante quale la legislazione consumeristica.

Si aggiunga, peraltro, che il metodo argomentativo adoperato nella menzionata decisione dà corpo ad una tendenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si fa riferimento alla sentenza del 3 giugno 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, nella quale – rovesciando un altro caposaldo della direttiva 93/13/CEE – è stata ritenuta ammissibile una normativa come quella spagnola che, non avendo recepito la regola dell’art. 4.2 della direttiva, estende il sindacato di abusività alle clausole concernenti l’oggetto e la convenienza economica del contratto. Appare evidente co-

⁽⁹¹⁾ Si vedano le riflessioni sul tema di PAGLIANTINI, *L’interpretazione più favorevole per il consumatore*, cit., p. 321, il quale sostiene che una siffatta opzione “travalica i limiti di ragionevolezza della tutela consumeristica”, materializzando “un sistema *judge made* di ipertutela” che lede irrimediabilmente l’affidamento del professionista e viola il principio *pacta sunt servanda*.

me questa giurisprudenza non faccia altro che approfondire il divario tra le discipline oggi esistenti negli ordinamenti dei diversi Stati membri, tutte però riconducibili alla medesima direttiva ⁽⁹²⁾.

Se così non fosse, se cioè tali osservazioni si rivelassero mal poste e la Corte avesse fatto il miglior uso dello strumentario attualmente a sua disposizione, si disvelerebbero i contorni di un quadro ancor più preoccupante. Basti osservare che, a far da *pendant* a questa giurisprudenza, si ritrova una situazione di *impasse* anche al livello della produzione legislativa del diritto europeo dei contratti e dei consumatori ⁽⁹³⁾. Situazione emblematicamente testimoniata dallo scarto esistente fra il dibattito preparatorio e il testo definitivo della direttiva sui diritti dei consumatori, arenatasi tra l'altro – com'è noto – sulla portata dell'armonizzazione massima e sull'inclusione (poi non avvenuta) della disciplina sulle clausole abusive ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹²⁾ Corte UE, 3 giugno 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, in *Racc.*, pp. I-4785: per un commento, decisamente critico, cfr. VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contr.*, 2010, p. 880 ss., il quale ritiene che, al contrario, la regola di cui all'art. 4.2, così come quella dettata dall'art. 6.1 dir. 93/137/CEE, possano invece dare corpo ad una categoria di norme di "ordine pubblico europeo" costituente limite invalicabile per i legislatori nazionali.

⁽⁹³⁾ Il processo, tuttora *in fieri*, a livello europeo di ravvicinamento degli ordinamenti privatistici degli Stati membri – com'è noto, avviato con l'*Action Plan* del 2003, COM(2003)68, passato per la definizione del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) e per l'elaborazione da parte della Commissione di un Libro Verde (1° luglio 2010 COM(2010) 348) e di uno Studio di fattibilità pubblicato dall'*Expert Group* il 3 maggio 2011 (la seconda versione è del 19 agosto 2011) – è, ad oggi, culminato nella elaborazione di una "Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita dell'11 ottobre 2011, (COM(2011) 635)", la quale rappresenterebbe uno strumento opzionale a disposizione dei contraenti per le vendite transfrontaliere e nel quadro della quale ha trovato spazio, senza rilevanti innovazioni o modificazioni, la disciplina delle clausole abusive. Tale disciplina, infatti, rappresenta una "strange combination of general contract law and sales law": così LANDO, *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, in *ERPL*, 2011, p. 718. Nella letteratura italiana si veda sul tema, per tutti, CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 289 ss.

⁽⁹⁴⁾ Contestualmente, il 25 ottobre 2011, il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'UE adottavano il testo definitivo della nuova direttiva sui diritti dei consumatori (dir. 2011/83/UE, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio). La versione definitiva si è rivelata molto meno ambiziosa della originaria proposta (8 Ottobre 2008 COM(2008) 614/3) dal momento che, pur contemplando una disciplina di armonizzazione massima con riguardo ai doveri informativi del professionista e al diritto di recesso del consumatore nell'ambito dei contratti a distanza e conclusi fuori dai locali commerciali, non è riuscita a raggiungere il me-

L'immagine del diritto privato europeo che si scorge in questa fotografia, a vent'anni dall'introduzione di uno dei ceppi costitutivi a pieno titolo rappresentato dalla direttiva 93/13/CEE, è dunque quella di un faticoso lavoro di edificazione che, tra repentine deviazioni di rotta e derive involutive, stenta ad approdare ad uno stadio di piena maturità.

desimo traguardo rispetto ad altri due fondamentali pilastri della normativa consumeristica comunitaria: la dir. 93/13/CEE sulle clausole abusive nonché la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie nei beni di consumo. Il dibattito europeo testimonia chiaramente le difficoltà in cui si è imbattuta la gestazione della direttiva: si veda, fra gli altri, WHITTAKER, *Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of Full Harmonisation*, in *ERCL*, 2009, p. 223 ss.; MICKLITZ e REICH, *Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a Directive on consumer Rights*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2009, p. 471 ss.; HONDIUS, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights: The Emperor's New Clothes?*, in *ERPL*, 2011, p. 163, il quale scrive: "the biggest obstacle as seen in the many critical comments of the 2008 proposal has been the proposed total harmonization"; da ultimo cfr. HALL, HOWELLS e WATSON, *The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, in *ERCL*, 2012, p. 139 ss., che attestano come "its contribution to the development of European consumer contract law is therefore limited". Nella letteratura italiana si rinvia *ex multis* ai commenti di MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 861 ss.; RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *questa rivista*, 2011, p. 754 ss. La direttiva è stata, da ultimo, recepita nell'ordinamento italiano in seno al d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, recante "attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE", il quale interviene innovando la disciplina del codice del consumo dagli artt. 45 al 67.